Javier Hervada

Escritos de Derecho Natural



colección jurídica

JAVIER HERVADA

ESCRITOS DE DERECHO NATURAL

Segunda edición ampliada



EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S.A.
PAMPLONA

ÍNDICE

I. ARTÍCULOS

II. Escritos breves

PRÓLOGO

Traspasado el límite de los cinco lustros de dedicación a la investigación jurídica, a punto de cumplirse el sexto, al autor le ha parecido conveniente hacer examen de los frutos de su trabajo. No ha salido muy contento de ese examen. Pero, contento o descontento, no le ha parecido que debiera avergonzarse de ellos, si no por otra cosa, al menos por la moraleja de la fábula del sabio y los altramuces.

Esperando mejor ocasión para recopilar sus trabajos dedicados al Derecho canónico, ha pensado que podría ser útil recoger en un volumen sus artículos sobre Derecho natural. Comprometido en la empresa de revitalizar la ciencia del "ius naturale" –empeño ilusorio según algunos, más allá de las fuerzas del autor según otros, entre los que se encuentra él mismo–, le ha parecido que una recopilación de este tipo podría facilitar la lectura y consulta de aquellos estudios suyos que salieron a la luz pública en distintas revistas, la mayoría en "Persona y Derecho".

¿A quiénes puede interesar esta recopilación? El autor lo ignora (no está para estudios de "marketing", o mercadeo como prefieren los puristas de la lengua), pero piensa que quizás pudieran ser los mismos que amablemente se interesaron por sus libros de la misma materia, agotados todos en estos momentos, aunque a punto de ser publicados de nuevo. Sin contar las ediciones piratas en otras lenguas de algún que otro libro y de alguno de los artículos aquí recogidos. Piratería que, por lo demás, el autor agradece cordialmente; no hay tanta afición por el Derecho natural, en nuestra cultura, como para ser muy quisquilloso en materias de derechos de autor.

Benévolo lector, si al leer estas páginas llegas a la conclusión de que todavía es posible la ciencia del Derecho Natural, aunque sea por lo mejorables que son los escritos aquí reunidos, el autor se dará por satisfecho.

Pamplona, 8 de diciembre de 1986.

NOTA A LA SEGUNDA EDICION

No suelen ser frecuentes las segundas ediciones de obras de esta índole. Pero la buena venta que tuvo la primera ha motivado, en este caso, una segunda edición con más de cien nuevas páginas. ¿Quién podrá decir que el Derecho natural no sigue interesando a tantas personas? El autor les agradece muy cordialmente su atención.

Pamplona, 8 de septiembre de 1993.

I. ARTÍCULOS

LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS Y EL DERECHO A DISPONER DEL PROPIO CUERPO

I. INTRODUCCIÓN

1. *Planteamiento*

El moderno desarrollo de las ciencias médica, biológica y genética está planteando a la ciencia del Derecho Natural una serie de problemas, no siempre fáciles de resolver. Problemas que nada tienen de teóricos y que, por ello, preocupan a los juristas y a los legisladores, pues entrañan cuestiones que afectan directamente a la justicia y al bien común. No todo logro humano, en su continuo avance hacia el dominio de la Naturaleza, es éticamente lícito, ni está de acuerdo con la justicia o con la dignidad humana. La frase de cierto médico: "Para mí es lícito todo lo que sirve para el progreso de la ciencia"[1] –reflejo de la mentalidad de algunos científicos– no puede aceptarse, por lo que encierra de amoralidad y de olvido del Derecho natural. Las ciencias cuyo objeto es el *bonum physicum* (las realidades consideradas puramente como tales) tienen el límite infranqueable del *bonum morale*, del bien moral del hombre, que –en el plano jurídico– equivale al bien común, a la justicia y al respeto a la dignidad del hombre (cuya expresión más inmediata

---

1. Cit. por J. TODOLÍ, *Ética de los trasplantes* (Salamanca 1968), pág. 25.

son sus derechos naturales o fundamentales)[2].

Dentro de esta temática se incluyen los llamados genéricamente trasplantes de órganos, técnica terapéutica –en menor escala, técnica de cirugía estética– cada vez de mayor utilización hasta extremos impensables en tiempos no muy lejanos. El problema ha preocupado a los moralistas[3], a los tratadistas del Derecho natural[4] y a los juristas positivos, estos últimos en propuestas de *lege ferenda* o estudiándolo como un aspecto de los llamados derechos de la personalidad[5]. Nos interesan aquí las opiniones de esta triple gama de autores: las de los tratadistas de Derecho natural, por ser éste el punto de vista desde el que aquí vamos a estudiar el tema; las de los

---

2. Grupos de científicos han reaccionado ya contra los peligros de ciertas experiencias genéticas y no es infrecuente que médicos y cirujanos, así como asociaciones médicas, se manifiesten públicamente contra técnicas terapéuticas no suficientemente comprobadas; incluso determinados países han llegado a prohibir algunas de ellas, como Francia y Rusia respecto a los trasplantes de corazón. Como es lógico, también los moralistas se han ocupado del tema. Véase, por ejemplo, J. TODOLÍ, ob. cit., págs. 23 ss.

3. Vide notas 101 a 115.

4. Por ejemplo, M. SANCHO IZQUIERDO, *Meditaciones sobre el trasplante de órganos desde el punto de vista del Derecho Natural*, separata de "Temis", n. 25 (1969); F. PUY, *Lecciones de Derecho Natural*, 3ª ed. (Barcelona 1974), págs. 407 ss.

5. Vid. entre otros muchos: G. GARCÍA CANTERO, *Los modernos trasplantes de órganos ante el Derecho*, en "Foro Gallego", n. 141 (1969), págs. 3 ss.; J. M. REYES MONTERREAL, *Problemática jurídica de los trasplantes de órganos*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", LVIII (1969), págs. 404 ss.; J. DÍEZ DÍAZ, *El derecho a la disposición del propio cuerpo*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", LIV (1967), págs. 681 ss.; F. CARNELUTTI, *Problemi giuridici della trasfusione del sangue*, en "Discorsi intorno al diritto", III (Padova 1961), págs. 57 ss.; A. RAVÀ, *I trapianti di organi da individuo a individuo nel diritto canonico* (Milano 1956). La bibliografía es muy extensa; el lector interesado podrá encontrarla, por lo menos en parte, en los trabajos citados.

moralistas, por las obvias implicaciones éticas; y –aunque menos– también las de los juristas positivos, porque, si bien el tratamiento que suelen darle es el propio de la Teoría general o de la parte general del Derecho Civil, las argumentaciones y razones que alegan son en ciertos casos de fondo iusnaturalista, pese al método positivo o fenomenológico que utilizan.

Los trasplantes de órganos plantean sobre todo un problema de base: ¿son lícitos en sí mismos? Es éste el problema fundamental; si fuesen intrínsecamente ilícitos sería inútil preguntarse por ulteriores cuestiones. En cambio, una vez establecida la no ilicitud de principio, son varios los puntos que quedan por resolver. Así, por ejemplo, supuesta la licitud de principio de los trasplantes de muerto a vivo, quedan pendientes otros problemas de justicia y bien común, como pueden ser, por ejemplo, los derechos de la familia sobre el cadáver, la necesidad o no del consentimiento dado en vida por el difunto, etc. Claro que estas cuestiones pueden afectar también a la licitud de los trasplantes –por eso hemos hablado antes de licitud *de principio*–, pero su incidencia depende de cómo se resuelva el problema principal.

Bajo el genérico nombre de trasplante de órganos se entiende un conjunto de técnicas que consisten en tomar, separándola, una parte de un cuerpo de un ser viviente e implantarla en otro, del que pasa a formar parte; en otros casos, la técnica consiste en separar un tejido de su sitio e implantarlo en otro lugar del mismo cuerpo. Según esta genérica e imprecisa noción, dentro de los trasplantes de órganos se incluyen cosas tan distintas como una transfusión de sangre o un trasplante de corazón. Aunque esta noción es la más común, pienso sin embargo que convendría, como medida previa, aclarar terminológicamente esta gama de técnicas, porque ni los problemas de hecho ni el tratamiento de Derecho natural son los mismos en todos.

2. *Aclaraciones terminológicas*

Dos son, a mi entender, las aclaraciones terminológicas que habría que hacer. La primera de ellas consiste en distinguir entre *trasplante* propiamente dicho y *trasfusión*. Aunque, tanto de hecho como de Derecho, los trasplantes y las trasfusiones presentan ciertos rasgos comunes, las diferencias, en los dos aspectos señalados (de hecho y de Derecho), son notables. La segunda aclaración se refiere a los trasplantes y consiste en distinguir entre *órganos* (o miembros) y *tejidos*. También aquí se dan caracteres comunes y caracteres diferenciales.

a) El *trasplante* o *injerto* (en Medicina se tiende a distinguir ambas cosas, pero –por ahora– en nuestra ciencia esta distinción no parece tener utilidad) se llama así por analogía con la conocida técnica agrícola. Propiamente consiste en separar un órgano, tejido o miembro vivo de un cuerpo animal o humano –caso este último que es el que nos interesa preferentemente, sin olvidar que se dan trasplantes de órganos de animales a hombres– y su consiguiente implantación en otro cuerpo vivo. De tener éxito, el órgano trasplantado pasa a formar parte del cuerpo en el que ha sido implantado. Ahora bien, el trasplante o injerto presenta las siguientes características: *a*) el órgano implantado sigue conservando sus caracteres genotípicos y fenotípicos[6], aun cuando estos últimos pueden sufrir algunas alteraciones parciales por el aporte hormonal o de otro tipo que el órgano recibe del cuerpo en el que se han implantado. En

---

6. En Genética, como es sabido, se distingue entre el *genotipo* y el *fenotipo* de los seres vivos. El genotipo es el conjunto de caracteres heredados y transmisibles por herencia; el fenotipo es el conjunto de caracteres singulares observables, no transmisibles por herencia.

otras palabras sigue conservando sus características singulares –las del donante– sin adquirir las del receptor. Desde este punto de vista, el órgano implantado, si bien se funde, por los puntos de unión, con el nuevo cuerpo, no se transforma genotípica y fenotípicamente, de suerte que realmente nunca llega a adquirir los caracteres propios del cuerpo receptor. Si a un hombre –pongamos como ejemplo– se le implanta un riñón de mono, el riñon –por muy bien injertado que quede y aunque tenga un funcionamiento perfecto– será siempre un riñón de mono, sin transformarse en humano, ni adquirir los caracteres genotípicos y fenotípicos del hombre receptor. *b*) Según esto, entre el órgano implantado y el cuerpo receptor se produce una relación similar (de ningún modo igual) a la simbiosis. Por su unión –fusión– con el cuerpo receptor, el órgano implantado sigue vivo y funciona por medio de –y de acuerdo con– el aporte de sustancias, estímulos y demás factores vitales del cuerpo receptor; a su vez, aporta al cuerpo receptor su función propia y con ello los elementos o energías vitales que sean del caso. *c*) El órgano injertado pasa a formar parte del cuerpo receptor por su fusión con él pero al conservar sus caracteres genotípicos y fenotípicos sólo en un sentido analógico es parte de dicho cuerpo. Nunca dejará de ser una parte-huésped, si se nos permite la expresión.

Hasta qué punto las características genotípicas tengan que ver con el problema del rechazo del injerto –parece ser que, por lo menos en algunos casos, son factor importante, no así las fenotípicas– es algo que corresponde a la Medicina determinar. Lo que es claro es que sí pueden tener relación con las cuestiones de Derecho natural, pues en algún caso, como veremos, es el punto decisivo para determinar su ilicitud.

De cualquier forma, lo que hemos visto enlaza con la segunda de las distinciones que, a nuestro entender,

debería introducirse: la distinción entre órganos (o miembros) y tejidos. Un órgano (o miembro) es una parte del cuerpo con una función propia: corazón, ojos, pulmones, cerebro, brazo, pierna, –incluso partes diferenciadas de éstos, como pies y manos–, etc.[7] Aun dentro de esta categoría cabe distinguir entre órganos en sentido estricto (cerebro, estómago, ojos, etc.) y miembros (brazos y piernas), pero, por no ser de utilidad esta subdistinción para el tema que estudiamos (salvo en algún caso muy concreto) no hay por qué tenerla en cuenta en principio, de modo que hablaremos indistintamente de órganos o miembros, aunque esta terminología no coincida exactamente con la de los tratados de Anatomía. Para nuestro objeto nos interesa la definición moral o jurídica

7. Qué se entiende por órgano o miembro –no como concepto meramente anatómico, sino a efectos jurídicos y morales– se lo plantearon los antiguos canonistas y teólogos a propósito de la noción de mutilación en relación con la irregularidad para recibir las órdenes sagradas. Dos posiciones pueden detectarse: una, sostenida por Cayetano, Soto, Suárez y otros, para la cual "nomine membri in materia mutilationis appellatur non solum membrum principale habens, separatum officium, sed etiam accesorium et consodale" (VÍO DE CAYETANO, *In Summam S. Thomae*, Patae 1968, super quaestio LXV, art. 1 appendix). De acuerdo con esta posición, no sólo se llama miembro a los miembros que forman una unidad completa (pie, ojos, mano, etc.) sino a sus partes (dedos, córnea, etc.). La otra, mayoritaria, entiende por miembro las partes principales y completas que tienen una función propia: "Mutilatio hic intelligitur, quando a corpore separatur membrum aliquod principale, idest pars corporis, quae officium per se distinctum habet, v. gr. pes, manus, oculus, auris, etc." (S. ALFONSO M.ª DE LIGORIO, *Theologia moralis*, Bononiae 1763, lib. VII, cap. V dubium IV, n. 365); más concretamente "nomine *membri* intelligi tantum partes illas corporis quae proprium officium habent ab aliis divisum, ut oculus ad videndum, manus ad agendum, pes ad ambulandum, etc." (ob. y loc. cits., n. 379). De esta misma opinión son Diana (*Resolutiones morales*, Lugduni 1637, pars IV, tract. II resol. XXVI, pág. 69) y otros muchos autores, como Bártolo, el abad Panormitano, Martín de Azpilcueta, Diego de Covarrubias, etc. A. RAVÀ, ob. cit., págs. 32 ss.

de miembro, más que la física, conforme a la vieja distinción[8].

Diferenciar entre órganos o miembros y tejidos es útil, porque su relación con la salud y la vida no es la misma, ni lo es tampoco su modo de constituir el cuerpo humano. A su vez, tampoco es igual en todos los casos un aspecto que puede intervenir en la licitud o ilicitud de los injertos: la regenerabilidad del órgano o tejido trasplantado en el cuerpo que lo cede. Un órgano no es regenerable, como no lo son –es cierto– algunos tejidos (v. gr. los músculos o los nervios), pero sí lo son otros como la piel o el cuero cabelludo, lo que puede influir también en la licitud o ilicitud del injerto.

Pero volvamos al segundo término de la primera distinción apuntada: la trasfusión.

b) La *trasfusión* consiste en la transmisión de sustancias en estado líquido –sangre hasta ahora, pero no se puede excluir que en el futuro quepa la trasfusión de otros, como por ejemplo, el líquido linfático–, que son productos de los órganos del cuerpo (tales sustancias no son, pues, órganos, sino productos de éstos). Su característica fundamental –desde nuestro punto de vista– es su producción –con la consiguiente regenerabilidad– y consumición por el organismo. Tales líquidos son sustancias más o menos necesarias para el cuerpo; en el caso que más nos interesa –la sangre– es vital para el organismo. Pero, propiamente, esas sustancias no son *órganos* del cuerpo.

Además, el proceso de transfusión, desde el punto de vista biológico y quirúrgico, es distinto del injerto o implantación. Por de pronto, mientras que los injertos

8. Cfr. LAYMANN, *Theologia Moralis* (Lugduni 1644), lib. III, tract. III, pars III, cap. XI, n. 2.

pertenecen a la cirujía y son por lo tanto técnicas quirúrgicas, la trasfusión no lo es. Física y biológicamente la sangre aportada cumple sus funciones en el cuerpo receptor, pero no hay un verdadero proceso de implantación en sentido propio. En la transfusión no hay injerto o trasplante en sentido propio; el proceso físico y biológico es distinto. Por otra parte la presencia del líquido transfundido es temporal; en un plazo más o menos breve de tiempo (no más de tres meses en el caso de la sangre) el cuerpo receptor ha consumido el líquido aportado y lo ha sustituido por el producido por su propio organismo (salvo, claro está, en los casos en los que los órganos de producción tengan un defecto funcional).

Un dato importante para nuestro tema –como en su momento se verá– es que, mientras en el trasplante de órganos y de tejidos (a excepción de algunos pocos casos, en lo que a tejidos se refiere) hay una mutilación en el donante, en la transfusión no puede hablarse de mutilación[9]. La pérdida parcial de sangre, de linfa u otros líquidos pueden producir debilitamiento –más o menos temporal–, enfermedad e incluso la muerte. Pero no es correcto en estos casos hablar de mutilación. Un anémico, por ejemplo, es un enfermo, no un mutilado; quien en un accidente pierde sangre, quedará débil, más no diremos que ha sufrido una mutilación. El donante de un riñón queda mutilado, el donante de sangre queda debilitado –más o menos según la cantidad que se le extraiga– pero no es un mutilado.

La conclusión que hay que sacar de la distinción

9. No es ésta ninguna idea nueva; ya lo advertían los antiguos moralistas, entre ellos el ya citado Laymann: "mutilasse dicitur non omnis, qui vulneravit, sanguinem fudit... sed solum mutilasse dicitur, qui membrum alicui abscidit". Ob. y loc. cits., n. 1. De igual modo se pronuncian autores modernos; cfr. nota 95.

entre trasplante y transfusión es que presentan, junto a algunos aspectos comunes, diferencias sustanciales. Ello nos indica fundamentalmente dos cosas: a) que hay ciertos criterios de Derecho natural que se deben tener presentes en ambos casos; b) que las soluciones que se den para un caso no son trasladables, sin tener en cuenta las diferencias, al otro. Ni la licitud de las transfusiones es de por sí índice de la licitud de los trasplantes, ni los inconvenientes o posible ilicitud de estos son índice de la ilicitud de las transfusiones. En suma, que trasplantes y transfusiones deben estudiarse separadamente y no conjuntamente como es común en la doctrina.

II. El derecho sobre el propio cuerpo

Transfusiones y trasplantes, aunque en medida distinta y con cuestiones circunstanciales diversas, inciden en un mismo punto: el derecho de la persona humana sobre el propio cuerpo y las facultades de disponibilidad sobre él. Es, pues, este el primer punto a tratar. Y lo primero que conviene hacer es precisar el significado mismo de la expresión *derecho al propio cuerpo* y las distintas facultades que en él se engloban.

Basta un primer acercamiento al tema para observar una aparente paradoja: según de qué se esté hablando, o bien se afirma vigorosamente tal derecho, al que se incluye entre los derechos fundamentales o naturales del hombre; o bien se niega explícitamente su existencia, diciendo que el hombre no es dueño de su cuerpo, ya que se limita a ser tan sólo *custos* o *administrator*. Si se trata de defender que es injusto que un hombre sea mutilado o herido por otro hombre, si se habla del deber del Estado de defender al ciudadano, a su salud y a su integridad

física, se pondrá como razón la existencia de tal derecho. En cambio, cuando lo que se quiere es poner de relieve la ilicitud de la automutilación, aparecerá la negativa a tal derecho.

Mas fácilmente se advierte que la paradoja no es tal, porque la expresión derecho sobre el cuerpo se utiliza con significados diversos. En el primer caso, se trata de un verdadero derecho –una situación jurídica– frente a los demás. En el segundo, estamos en presencia de una utilización del término derecho en sentido analógico, propio de los moralistas. Si frente a los demás, el hombre tiene derechos, en relación a sí mismo no cabe hablar de derechos en sentido jurídico, sino de deberes morales o esferas de licitud.

1. *La fórmula romana y su interpretación posterior*

Una formulación aparentemente clara de que el hombre no es dueño de su cuerpo –de sus miembros– la encontramos en el Derecho romano: "Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur"[10].

El hombre no es dueño de sus miembros. ¿No es esto una negación del derecho del hombre al propio cuerpo? La fórmula romana –interpretada en este sentido– la encontramos explícitamente citada por muchos canonistas medievales en el tema de la automutilación. Así, por ejemplo, la Glosa a las Decretales dice: "... ideo

10. D. X, 2, 13. El texto es de Ulpiano. Para la noción de *actio utilis* puede verse: E. VALIÑO, *Actiones utiles* (Pamplona 1974); V. VON LUBTOW, *Untersuchungen zu 'lex Aquilia de damno iniuria dato'* (Berlin 1971); G. BORTOLUCCI, *Actio utilis* (Modena 1909).

isti ordinari prohibentur, qui sani se abscidunt, quia quasi homicidae suiipsius iudicantur, et Dei conditioni inimici... sed quare aliquis iniicit sibi manus, cum membrorum suorum nemo sit dominus? ff. ad leg. Aquil. liber homo"[11]. La relación establecida entre la fórmula romana y el tema de la automutilación parece dar a entender que, efectivamente, los romanos negaban el derecho al propio cuerpo, en el sentido de poder disponer de los miembros. Sin embargo, no es así. Se trata de uno de esos casos en los que los canonistas medievales introducen aspectos éticos o de Derecho natural en sus soluciones, acogiéndose a fórmulas romanas cuya letra se adapta al pensamiento que tratan de exponer, pero cuyo espíritu es distinto.

En realidad, la fórmula romana, como han puesto de relieve –entre otros– Albanese, Fadda y Bensa, Dernburg, etc., expresa que el hombre libre no tiene el *derecho de propiedad* –muy probablemente el texto citado se refiere expresamente al *dominium* quiritario según Valiño[12]– sobre su propio cuerpo. El *dominium* o *proprietas* recae en las cosas o *res*, categoría que no puede aplicarse al cuerpo humano del hombre libre, pues los miembros de su cuerpo no son *res* sino partes del sujeto de derecho. Siendo así que la *lex Aquilia* se refería a objetos de derecho –y en concreto del derecho de propiedad: cosas, animales y esclavos[13]–, el hombre libre no tenía la *actio aquiliana de damno* en caso de recibir lesiones y no serle aplicable la *actio iniuriarum*. No gozando de la *actio ex lege Aquilia* directa, se le concedía una *actio utilis* o acción complementaria. Por lo demás, el pasaje de Ulpiano

---

11. Glosa *Absciderint* ad X, I, 20, 3.

12. *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia* (Pamplona 1973), pág. 97.

13. Cfr. C. G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, I, Leges et negotia, 7ª ed. por O. Grandenwitz (Tubingae 1909), págs. 45 s.

parece referirse originariamente al *liber homo bona fide serviens* –a tenor de la mención del *suo nomine*, que sería inútil a propósito de una persona libre y que no prestase servidumbre a nadie–; las lesiones sufridas por él no serían encuadrables dentro de la *actio iniuriarum*, puesto que el que padeció las lesiones era en apariencia un esclavo y faltaba, por ello, el dolo específico de inflingir *iniuriae* a un libre; de ahí que se acudiese a la ficción que permitía apreciar un daño aquiliano[14].

En otras palabras, los miembros del cuerpo del hombre libre son partes del sujeto de derecho, no cosas u objetos sobre los que pueda recaer el *dominium* o *proprietas*. Por eso, respecto de los miembros del cuerpo humano no caben las *actiones* que se refieren a las cosas objeto del derecho de propiedad. Algo así como si ahora se dijese que sobre los miembros de su cuerpo, el hombre no puede interponer un interdicto posesorio, porque el derecho que sobre ellos tiene no es un derecho de propiedad, sino de otro tipo[15].

La idea de los canonistas es algo distinta; es un reflejo de la tesis de los moralistas, quienes para fundamentar la ilicitud de la automutilación, del suicidio y de otras posibles disposiciones abusivas del propio cuerpo, afirmaban que el hombre no es *dominus* de su cuerpo y de su vida, sino sólo *custos* y *administrator* (custodio o guardián y administrador). El *dominium* sobre el ser y la vida del hombre, no le competen a él, sino sólo a Dios. Más precisamente, se recurre a la distinción entre *dominium directum* y *dominium utile*, de acuerdo con la conocida división del dominio propia de los juristas. El hombre tiene solamente el dominio útil sobre su vida y sus miembros.

---

14. Cfr. E. VALIÑO, *Acciones pretorias...*, cit., págs. 97 s.

15. Vid. A. RAVÀ, ob. cit., págs. 63 ss.; J. DÍEZ DÍAZ, ob. cit., págs. 687 ss.

Ambas ideas, la romana y la de los moralistas, confluyen, sin embargo, en el pensamiento de muchos autores, como puede observarse en esta pasaje de Doujat: "Aliorum rerum dominium acquirere possumus; corporis sui nemo dominus est, sed solus Deus omnium Creator"[16]. Lo mismo encontramos en Suárez de Mendoza, cuando a propósito de la *lex Aquilia* escribe: "... altera ratio est, quod actio ex hac lege alteri quam domino non competit. At liber homo non est dominus membrorum suorum, et diserte proditum est in 1. liber homo 13 ad legem Aquiliam, quorum nemo est dominus nisi Deus, quia homo liber in eius mancipio est"[17].

La confluencia entre la fórmula jurídica romana y la idea de fondo de los moralistas (o sea la interpretación de la tesis moral en clave de propiedad en sentido jurídico) se mantendrá durante mucho tiempo. Lentamente, sin embargo, se producirá una depuración de conceptos; por parte de los juristas, a medida que vaya apareciendo más nítidamente la noción de derechos naturales o fundamentales del hombre, que permitirá incluir el derecho y el deber sobre la integridad física en categorías jurídicas distintas de la propiedad; por parte de los moralistas, mediante una más depurada formulación de los conceptos propios de la Moral, cada vez más liberados de agregados jurídicos.

---

16. Comentario a P. LANCELLOTTI, *Institutiones iuris canonici* (Venetiis 1575), tomo II, lib. IV, tit. X, § 7.

17. *Commentarii ad legem Aquiliam, apparatus*, lib. III, cap. VII, sec. II, n. 2, en "Novus Thesaurus iuris civilis et canonici" (Hagae-Comitis 1571).

2. *La tesis de los moralistas*

La fórmula "homo non est dominus membrorum suorum" –despojada ya de la distinción entre hombre libre y esclavo– ha sido frecuentemente citada por los autores para apoyar –junto con otros argumentos– la ilicitud moral de la automutilación (además de otros abusos, como el suicidio), cuestión muy relacionada con la de los trasplantes, pues, como veremos, los autores que negaron su licitud se apoyaron en que se trata de una mutilación. Baste, para nuestro objeto, traer a colación una breve relación de textos[18].

La base del pensamiento de estos autores –hablamos de la tradición moral cristiana, que es la que, en último término inspira originariamente las demás orientaciones iusnaturalistas propiamente dichas[19]– se encuentra en varios pasajes bíblicos como *Eccl* 11, 14: '"Vita et mors a Deo sunt", *Deut* 32, 39: "Ego occidam, et ego vivere faciam", etc. Aunque estos pasajes se refieren a la vida y no a la integridad del cuerpo, ello no es óbice, pues ha sido común y lo sigue siendo, conectar el derecho a la integridad física con el derecho a la vida, ambos enlazados con el derecho al propio cuerpo, como veremos más adelante.

Que el hombre no es dueño de su cuerpo es uno de los tres argumentos que Santo Tomás de Aquino, sintetizando la tradición anterior, trae a colación al tratar de la ilicitud del suicidio: "Respondeo dicendum quod seipsum occidere est omnino illicitum triplici ratione.

---

18. Puede verse más desarrollado este punto en A. RAVÀ, ob. cit., passim.

19. Excluimos aquellas direcciones de pensamiento que se llaman iusnaturalistas, pero que en realidad no son tales, por no fundarse en la naturaleza humana; se trata más bien del llamado "objetivismo jurídico".

Primo quidem, quia naturaliter quaelibet res seipsam amat: et ad hoc pertinet quod quaelibet res naturaliter conservat se in esse et corrumpentis resistit quantum potest. Et ideo quod aliquis seipsum occidat est contra inclinationem naturalem, et contra caritatem, qua quilibet debet seipsum diligere. Et ideo occisio sui ipsius semper est peccatum mortale, utpote contra naturalem legem et contra caritatem existens. Secundo, quia quaelibet autem homo est pars communitatis: et ita id quod est, est communitatis. Unde in hoc quod seipsum interficit, iniuriam communitati facit: ut patet per Philosophum, in *V Ethic*. Tertio, quia vita est quoddam donum divinitus homini attributum, et eius potestati subiectum qui *occidit et vivere facit*. Et ideo qui seipsum vita privat in Deum peccat: sicut qui alienum servum interficit peccat in dominum cuius est servus; et sicut peccat ille qui usurpat sibi iudicium de re sibi non commissa. Ad solum enim Deum pertinet iudicium mortis et vitae: secundum illud *Deut*. 32, [39]: Ego occidam, et vivere faciam"[20].

Esta triple argumentación será recogida hasta nuestros días por multitud de autores. Pero el principio fundamental, que es el que ahora nos interesa poner de relieve es el ya indicado. En este sentido afirma Soto:

20. II-II, q. 64, a. 5. En el ad 3, Santo Tomás desarrolló con cierta amplitud las razones por las cuales no es admisible el suicidio cometido por diversos motivos (huir de las miserias de esta vida, por causa de haber cometido un mal, por evitar la violación, por temor a no consentir en una acción ilícita), pero sólo nos interesa aquí el primer párrafo, donde recalca la idea del dominio divino sobre la vida humana: "Ad tertium dicendum quod homo constituitur dominus sui ipsius per liberum arbitrium. Et ideo licite potest homo de seipso disponere quantum ad ea quae pertinent ad hanc vitam, quae hominis libero arbitrio regitur. Sed transitus de hac vita ad aliam feliciorem non subiacet libero arbitrio hominis, sed potestati divinae. Et ideo non licet homini seipsum interficere ut ad feliciorem transeat vitam".

"Quod si consideratur ut effectus est Dei, vita humana divinum donum est, a Deoque subinde pendens, tamquam eius possessio, ob idque qui seipsum perimit, perinde in Deum peccat, cuius est servus, atque ille qui rem alienam usurparet. Ad solum enim ipsum pertinet iudicium vitae et mortis, secundum illud Deut. 38. Ego occidam, et ego vivere faciam"[21]. Como observa Ravà[22] en estas palabras de Soto se encuentra explícitamente declarado lo que está implícitamente contenido en el principio jurídico "nemo dominus est membrorum suorum", tal como se encuentra en los canonistas y civilistas medievales.

Molina repite la misma idea al escribir: "cum homo non sit dominus propriae vitae, sed Deus sane, qui seipsum interficit iniuriam Deo efficit"[23]. Pero quizás sea De Lugo uno de los autores que más ampliamente desarrollan esta idea: "Mihi placet prae ceteris ratio, qua plures communiter utuntur ad probandam malitiam huius peccati, et affertur a S. Thoma in praesenti, quaest. 64, art. 5 in corpore, ex eo, quod homo non est dominus suae vitae,: oportet tamen reddere rationem huius: nam consequentia videtur bona, homo non est dominus suae vitae, ergo non potest de illa disponere pro nutu, et illam destruere: quam consequentiam, ut claram proposuit Molina... quia destructio rei est actus proprius domini, qui potest pro libito de re sua disponere: qui ergo non est dominus, sed solum administrator, non potest vitam destruere, sed debet eam debito modo administrare, et conservare. Porro hominem non esse dominum suae vitae, probari potest, quia licet homo potuerit accipere dominium aliarum rerum, quae sunt extra ipsum, vel

---

21. *De iustitia et iure* (Venetiis 1568), lib. IV, quaest. I, art. 5.

22. Ob. cit., págs. 80 s.

23. *De iustitia et iure* (Maguntiae 1602), tomo I, tract. I, disp. XI, col. 21 B.

quae ab ipso distinguuntur; non tamen potuit accipere dominium sui ipsius, quia ut ex ipso conceptu, et definitione constat, dominus est aliquid relativum, sicut pater, et magister; quare sicut nemo potest esse pater, vel magister sui ipsius, ita nec dominus: nam dominus semper dicit superioritatem respectu illius, cuius est dominus. Unde nec Deus ipse potest esse dominus sui ipsius, quamvis possideat perfectissime se ipsum. Non potuit ergo homo fieri dominus sui ipsius; potest quidem esse dominus suorum operationum, et ideo potest vendere se ipsum, et tunc dicitur improprie dare alteri dominium ipsius; sed re vera non dat proprie dominium sui simpliciter, sed solum in ordine ad aliquas suas operationes...; solum ergo potest homo disponere de suis operationibus, quarum dominus est, non de se ipso, vel (quod idem est) de vita sua, cuius dominus non est, nec esse potest"[24].

Este texto de De Lugo tiene interés, entre otras cosas, porque hay en él un paso desde el argumento estrictamente teológico, implícito en la cita de Molina –sólo Dios es dueño de la vida humana y del ser del hombre, el cual es sólo administrador–, a un argumento predominantemente filosófico-jurídico. De Lugo razona la imposibilidad de configurar las esferas de disposición del hombre respecto de su vida y de su cuerpo –en general de sus facultades– como derecho de propiedad en sentido jurídico. El argumento, como habrá observado el lector, es sencillo, pero convincente. Lo que entendemos por derecho de propiedad –*proprietas vel dominium*– es un concepto relativo; es una relación en sentido filosófico y en sentido jurídico –una relación jurídica–[25]; mas el ser

---

24. *De iustitia et iure* (Maguntiae 1602), tomo I, tract. I, disp. XI, col. 21 B.

25. Para la noción filosófica y jurídica de relación, vide J. FERRER, *Filosofía de las relaciones jurídicas* (Pamplona 1963).

del hombre o su vida son el mismo hombre en cuanto vivo y existente; no hay pues relación entre el hombre y su ser, su cuerpo o su vida, tampoco respecto de los miembros corporales. Es imposible en estos casos hablar de relación en sentido filosófico o de relación jurídica; por consiguiente es imposible hablar de propiedad.

El texto es interesante, repito, porque, al tiempo que reafirma la tesis teológico-moral de que sólo Dios es el dueño del hombre (dueño en sentido no jurídico, sino como expresión de la relación Creador-criatura, que conlleva en el hombre su dependencia ontológica y moral respecto de Dios), señala la imposibilidad de configurar el derecho del hombre sobre su cuerpo y sus miembros como *dominio* o *propiedad*; es un derecho de otro tipo.

La explícita aplicación de estas ideas a la mutilación la encontramos en diversos autores –es una idea común, explícita o implícitamente sostenida–, entre ellos el canonista Engel, en el que, a siglos de distancia, se vuelve a encontrar una referencia a la *lex Aquilia*: "Quaeritur IV an liceat se ipsum occidere, vel mutilare? Respondeo. Deum quidem omnia alia animantia subiecisse potestati hominis; vitae tamen, et mortis humanae potestatem sibi reservasse iuxta illud Sap. v. 13: *Tu es Domine, qui vitae et mortis habes potestatem*, et J. C. in 1. Liber homo, 13, ff., ad legem Aquiliam inquit, neminem esse membrorum suorum dominum: quare qui seipsum occidit, vel mutilat, ordinarie non tantum grave peccatum contra charitatem sui committit, sed etiam iniuriam Deo infert, tamquam usurpans potestatem Deo"[26].

Los moralistas han insistido –hasta nuestros días– en la misma idea. Así Laymann, después de afirmar que el suicidio y la mutilación no constituyen sólo pecado

26. ENGEL, *Collegium universi iuris canonici* (Venetiis 1723), lib. V, tit. XII, n. 9.

contra el amor a uno mismo, añadirá que es también injuria contra Dios, porque "homo membrorum suorum non est dominus" "sed solus Deus eorum conditor, et conservator"[27]. Parecidamente se manifiesta Mastrio de Meldula: "cum hoc praeceptum omnis iniusta hominis occisio, aut mutilatio, ac notabilis alterius laesio, tanto magis censeri debet hoc eodem praecepto iniustam sui ipsius occisionem, mutilationem, et aliam sui corporis notabilem laesionem prohiberi, quia nemo habet auctoritatem in seipsum, cum solus Deus humanae vitae sit dominus directus et absolutus; et licet homo ius habeat vitam suam custodiendi, et utendi illa, et suis membris; proprie tamen vitae suae, et membrorum dominium non habet... quare ex intentione, et directe nemo potest seipsum licite occidere, vel mutilare"[28]. Muchos otros autores podríamos citar: Sporer[29], Tamburini[30], S. Alfonso Mª de Ligorio[31], Busembaum[32], etc., pero ya hemos dicho que se trata de una tesis común y constante, seguida también por los moralistas más modernos, hasta nuestros días: Merkelbach[33], Aertnys-Damen[34], Van Kol[35], Lanza-Palazzini[36], Zalba[37], Vermeersch[38],

---

27. Ob. cit., lib. III, tract. III, pars III, cap. I, n. 1, assertio I.

28. *Theologia moralis* (Venetiis 1700), tomo III, disp. XI, quaest. VI, art. I, n. 107.

29. *Theologia moralis* (Venetiis 1704), tomo II, tract. V, n. 32.

30. *Explicatio Decalogi* (Venetiis 1701), lib. VI, cap. II, pars III, n. 1.

31. Ob. cit., lib. III, tract. III, dubium I.

32. *Midulla Theologiae Moralis* (Mediolani 1665), lib. III, tract. IV, cap. I, dubium I, resp. II.

33. *Summa Theologiae Moralis*, II, 5ª ed. (Parisiis 1947), págs. 351 s. Repite casi a la letra los tres argumentos de Santo Tomás.

34. *Theologia moralis*, I, 18ª ed. por J. VISSER (Torino 1965), pág. 528.

35. *Theologia Moralis*, I (Barcinone 1967), pág. 660 s. Recoge también un argumento que ya hemos visto en De Lugo: "Vita humana

Mausbach-Ermecke[39], Noldin[40], Iorio[41], Cathrein[42], Yurre[43], etc. Por lo demás, no hace falta entrar en una exposición más amplia, pues sólo nos interesa –como hemos indicado antes– una breve relación de textos, precisamente por ser opinión pacífica y común.

Resumiendo lo que hemos visto, los moralistas, usando términos jurídicos utilizados analógicamente, afirman que el hombre tiene facultad de custodiar su vida, usar de su cuerpo y de sus miembros, etc. Mas todas estas posibilidades no son las propias de un ser dueño absoluto de sí y de sus destinos. Por su condición de criatura, tales facultades responden a una finalidad y están al servicio de los fines que son propios de la persona humana, en virtud de su naturaleza. El hombre no puede, en consecuencia, disponer de su vida o de sus miembros a su arbitrio. Sólo por justa causa es lícito al hombre mutilarse (v. gr. caso de enfermedad) o exponerse indirectamente a perder la vida. Este es el sentido moral de la afirmación "homo membrorum suorum non est dominus".

---

non est *obiectum* iuris tantum, sicuti vita aliorum viventium hac in terra obiectum iuris esse potest, sed insuper hominem *subiectum* iuris facit. Ideoque vita humana fundamentum omnis iuris est: qui in vitam humanam invadit, ipsum subiectum iuris aggreditur".

36. *Theologia Moralis*, II (Taurini-Romae 1955), pág. 171.

37. M. ZALBA, *Theologiae Moralis Summa*, II, 2ª ed. (Matriti 1957), págs. 55 s.

38. *Theologia Moralis*, II, 3ª ed. (Roma 1945), pág. 221.

39. *Teología Moral Católica*, ed. castellana, III (Pamplona 1974), págs. 207 ss.

40. *Summa Theologiae Moralis*, II, 9ª ed. (Oeniponte 1911), pág. 347.

41. *Theologia Moralis*, II (Neapoli 1964), pág. 107.

42. *Filosofia Morale*, II, 2ª ed. italiana (Firenze 1920), pág. 71.

43. *Ética*, 3ª ed. (Vitoria 1969), págs. 446 s.

Incidentalmente, se aclara también, por algún autor, por qué la noción de propiedad en sentido jurídico propio no es aplicable a las facultades del hombre sobre su vida y sus miembros.

3. *Los tratadistas del Derecho Natural*

Es claro que la tesis de los moralistas refleja la relación del hombre con Dios –su condición de creatura y el principio de finalidad como principio rector de sus actos– y, en cuanto que es consecuencia de lo que el hombre es por naturaleza (ser creado por Dios), incide en la configuración nuclear y más íntima de los derechos –pasamos ya al campo jurídico– que el hombre tiene sobre su cuerpo. Mas al hablar de derecho del hombre a su cuerpo, a su vida y a su integridad física, situándonos en el plano del Derecho natural, la cuestión cambia parcialmente de signo. De lo que ahora se trata es de relaciones y situaciones jurídicas, esto es, de derechos, deberes y facultades frente y ante los demás hombres. La anterior afirmación –"homo membrorum suorum non est dominus"– se muta por la contraria: "homo membrorum suorum est dominus", siempre que al término *dominus* no se le dé el significado de propietario en sentido estricto. *Ante los demás*, el hombre tiene, por Derecho natural, derecho sobre su cuerpo, sobre su vida y sobre sus miembros. Y este derecho natural significa una esfera de autonomía que, sin ser absoluta –ningún derecho lo es, ni siquiera los derechos naturales o fundamentales–, supone una libertad social.

Tales derechos no representan sólo una esfera de autonomía, sino que conllevan en los demás unos deberes. El deber de respetar la vida, la integridad física y la salud de los otros, así como el deber positivo –que se

concreta de diversas formas– de la sociedad y de los particulares de ayudar a los demás en la consecución o mantenimiento de esos bienes.

Como antes hemos hecho con los moralistas, también vamos seguidamente a traer a colación a algunos tratadistas de Derecho natural, una simple muestra, pues prácticamente, con algunos matices que se observarán, todos coinciden en las mismas ideas.

Y comencemos primero por dos autores de inspiración krausista, por ser aquellos en los que más acusadamente se observan algunos errores –exageraciones–, dentro de la línea común que hemos señalado.

Ahrens, en su *Curso de Derecho Natural*, escribe: "La vida, uniendo en el hombre el espíritu y el cuerpo, constituida por un principio independiente de la voluntad humana, es la base de todos los derechos, y no puede haber derecho alguno para anularla... El derecho de la vida comprende el conjunto de las condiciones (actos positivos y negativos) de que dependen la conservación y el respeto de la vida en su integridad, su salud, y en todas sus funciones y órganos". Es de interés resaltar la idea de que la vida existe, está constituida, "por un principio independiente de la voluntad humana", de lo que es consecuencia que no pueda haber derecho alguno para anularla.

Del derecho a la vida, Ahrens irá desglosando el conjunto de derechos y deberes que comprende. 1º. "El derecho, para la vida misma, exige por una parte que nadie atente a la propia vida y por otra que el Estado respete la vida y la proteja contra los malos designios y la imprevisión de los otros, y contra la acción destructora de fuerzas y elementos físicos[44]... El derecho de la vida

44. No hace falta resaltar el enlace de estas afirmaciones con el preocupante tema actual de la contaminación ambiental.

principia con el primer germen de vida depositado en el seno de la madre". 2º. "Los ataques de una persona a su propia vida son la violación de un verdadero derecho... El suicidio directamente querido es a la vez una inmoralidad y la violación del derecho propio en su base. Aristóteles vio en él un agravio a la sociedad. Los estoicos lo admitían como un derecho absoluto de libertad: el cristianismo y la verdadera doctrina ética lo condenan absolutamente". 3º. "El derecho, por lo que se refiere al bien de la integridad y de la salud espiritual y física, comprende todas las condiciones que el Estado y los particulares deben cumplir para el mantenimiento de estos bienes. Por consiguiente, son injustos y punibles todos los actos que naturalmente conducen a quitar al espíritu el ejercicio racional de sus facultades, a hacerle estúpido o volverle loco. Del mismo modo, por lo que respecta al cuerpo, nadie tiene derecho a mutilarse en uno de sus miembros. El Derecho romano (L. 13, pr. D. 9,2) sentaba aquí el justo principio: *Nemo membrorum suorum dominus esse videtur*". 4º. "Los bienes humanos generales, la vida, la salud, etc., no son objeto de que se pueda disponer libremente o por contrato". 5º. Hay, finalmente, para todo hombre un derecho de subsistencia. Cada uno está obligado, por de pronto, a cumplir las condiciones necesarias para adquirir por su propio trabajo los medios necesarios para su vida física; pero cuando un hombre no puede trabajar todavía o no puede ya trabajar, o cuando su trabajo es, por circunstancias independientes de su voluntad, insuficiente, la ley debe determinar cuáles son las personas, la familia, el municipio, la provincia o el poder central que deban ayudarle, ya solos, ya en concurrencia con otros"[45].

Exagera, sin embargo, Ahrens este derecho al no

---

45. *Curso de Derecho Natural*, trad. de P. Rodríguez Hortelano y M. Ricardo de Asensi, 4 ª ed. (Madrid 1889), págs. 289 ss.

admitir, ni el posible sacrificio de la vida en aras de un bien superior[46], ni la extensión de la legítima defensa hasta dar muerte al injusto agresor[47].

El español Giner de los Ríos engloba el conjunto de situaciones de Derecho natural de las que venimos hablando bajo el fundamental *derecho de la personalidad*: "En tanto que todas las cualidades de la personalidad constituyen para ella su primer bien inmediato (no el absoluto), es ella misma el fundamento próximo de su propio Derecho. 'El orden de las prestaciones que a la persona misma y a sus cualidades esenciales, consideradas como bienes jurídicos se refieren' constituyen el llamado *Derecho de la personalidad*". De lo que se entiende por personalidad deducirá la falta de libre disposición sobre la vida o el cuerpo y la imposibilidad de vinculaciones respecto de ellas (esclavitud, totalitarismo, etc.): "La personalidad es, pues, ante todo, fin particular que nace de una propiedad particular también en ella, un objeto total en sí misma, y como tal fin, no como puro medio, debe ser considerada. Ni excluye esto el que la persona pueda por sus actos servir de medio para los fines de la vida propios o ajenos, antes bien, en esta relación estriba el Derecho todo. Pero la persona, del propio modo que el ser natural o la cosa en sí misma, es sustantiva y no puede referirse como puro y simple medio a fin alguno. Todo el contenido de la relación jurídica se reduce a los actos, sin que jamás nos reconozcamos como pretensores ni como obligados

46. "Pero este derecho, llamado de necesidad, no debe extenderse (como lo hacen también algunos códigos alemanes) hasta dar el derecho de su propia vida a expensas de la ajena, porque en este caso los bienes (la vida) son iguales". Ob. cit., págs. 293 s. Una refutación de esta idea puede verse en J. MENDIVE, *Elementos de Derecho Natural* (Valladolid 1884), pág. 678; cfr. también la obra citada en la nota 62, pág. 219.

47. Ob. cit., pág. 353.

respecto de las cualidades mismas que constituyen nuestra personalidad".

Este derecho de la personalidad, junto a derechos particulares (como la dignidad y el honor), se manifiesta de modo total en el derecho a la existencia: "La cualidad total en que se manifiesta la persona en la integridad de sus particulares propiedades es la *existencia,* también a su vez objeto jurídico. Distínguese en este derecho de la existencia órdenes particulares relativos a los diversos estados totales que constituyen la aparición de la persona en la tierra, cuales son el nacimiento, la subsistencia o duración y la muerte. El derecho por lo que toca al *nacimiento,* incluye el reconocimiento de la aparición de las personas en la vida con todas las consecuencias que nacen de este hecho[48]... El respeto a la vida en su subsistencia o permanencia limitada, constituye un segundo derecho particular en el de la existencia[49]...El derecho

---

48. Las líneas que siguen muestran una primera exageración de Giner de los Ríos en este tema, al no distinguir la noción de persona en sentido filosófico -que es la que cuenta en lo que a los derechos naturales se refiere- y la noción jurídica de persona, inaplicable a los derechos naturales, pero perfectamente legítima en lo que respecta a situaciones y capacidades de Derecho positivo, tales como los derechos sobre la herencia, derechos políticos, etc.: "Contrarias a este derecho, son las condiciones exigidas por las leyes positivas para declarar la capacidad jurídica (por ejemplo, la llamada *viabilidad*), que debe ser reconocida desde luego por la simple aparición de la persona". Asimismo hay una confusión entre el derecho de la persona humana a la existencia y el derecho de asociación: "La facultad que el Estado se arroga de conceder o negar la autorización para la formación de una persona social, es también un desconocimiento de este derecho".

49. Nuevamente incurre aquí Giner en una exageración y en una indebida extensión a las asociaciones de lo que es propio de la persona individual: "Este derecho es lastimado en el individuo por la pena de muerte, y respecto de las asociaciones mediante la supresión de las mismas por el Estado".

relativo a la *muerte*, consiste en la facultad de exponer la vida en cumplimiento de los fines racionales propios o ajenos, que es el llamado derecho de *sacrificio*; así como el de no ser turbado en la hora sagrada de la muerte. El sacrificio en el individuo debe ser voluntario, como relativo a la esfera de acción que le es propia, de lo cual es negación histórica el servicio militar forzoso[50]. No incluye el Derecho a la muerte la legitimación del suicidio, por ser éste contrario al fin racional de la vida, sobreponiéndose a él la voluntad arbitraria del sujeto"[51].

Más adelante Giner de los Ríos trata del derecho respecto del cuerpo, en cuya exposición se nota todavía más acusadamente la mezcla de principios de Derechos natural con preocupaciones sociales y reformistas; procuraremos ceñir la cita a lo estrictamente jurídico, dentro de lo posible: "El orden de las prestaciones necesarias para el logro de los fines del cuerpo, constituye una nueva esfera de Derecho general de los fines. Comprende el *derecho respecto del cuerpo*, no sólo la integridad corporal, a la que se oponen las mutilaciones, etc., sino su inviolabilidad contra toda clase de atentados, que son, por naturaleza, contrarios a la dignidad moral... La armonía en el ejercicio de las funciones del organismo físico constituye la *salud* del cuerpo, cuya conservación exige cierto número de condiciones que son objeto de la *higiene*. El *derecho relativo a la higiene corporal* es, ante todo, relación interior en cada hombre; pero tiene también su expresión social en la llamada *higiene pública*... La perturbación en el ejercicio armónico de las funciones del

50. Otro exceso racionalista, el de condenar el servicio militar obligatorio. Genéricamente hablando, exponer la vida es algo voluntario, pero puede ser obligatorio por razón de oficio –v. gr. policías– y para todo ciudadano lo es en determinados casos.

51. *Principios de Derecho Natural* (Madrid 1916), págs. 134 ss. Cfr. *Resumen de filosofía del Derecho*, II (Madrid 1926), págs. 14 ss.

cuerpo constituye la *enfermedad*, como estado anormal y negativo en la vida del sujeto. El restablecimiento de la salud quebrantada, mediante el empleo de las condiciones naturales apropiadas, es el objeto de la *medicina*. El derecho de este fin es, como el de los anteriores, una relación inmanente[52], ante todo, aunque en segundo término transitiva. En este aspecto social, es la medicina objeto de una profesión pública, por cuyo ejercicio debemos velar todos, así como porque nadie se vea privado de sus servicios"[53].

En estos dos autores se observa algo que –como ya indicábamos antes– es una tesis común, que veremos repetida en los demás autores: la estrecha conexión entre el derecho a la vida y el derecho a la integridad física. De ahí la necesaria alusión al primero de estos derechos, sin la cual no se entiende bien el pensamiento de los autores.

Aramburo, después de analizar hasta qué punto puede hablarse del llamado *derecho de personalidad*, escribe que el derecho a la vida "tiene, con relación a los otros derechos, la misma primordialidad de supuesto que el bien que es su objeto tiene respecto de los demás bienes. Todo derecho supone el derecho a la vida, sustentáculo en que todos se afirman y sin el cual ninguno tendría realidad. Todo otro derecho ha de apoyarse, como en su base natural, en el derecho a vivir, de cuya efectividad penden necesariamente, pues de nada valdría que se dijera a la persona: –Tienes derecho a que nadie ofenda tu dignidad ni manche tu honor, ni cercene tu libertad,

---

52. Con relación inmanente quiere decir el autor, según se desprende de los párrafos anteriores dedicados a la higiene y a la gimnasia, que se trata de una facultad o deber del hombre consigo mismo, "relación interior en cada hombre", según su expresión literal.

53. Ob. cit., págs. 154 ss.

ni lesione tu patrimonio; pero no a la vida que tales derechos comporte. De ellos gozarás mientras tu vida sea tolerada; sólo hasta que otro más fuerte que tú o la fuerza colectiva de la sociedad determine quitártela. Los derechos nombrados no se han establecido por la naturaleza sino como otros tantos medios congruentes a los deberes prescritos para el cumplimiento del fin humano, y ante todos al deber de propia conservación, de mantenimiento de la propia vida, porque ella es le principio necesario de la actividad con que el ser personal ha de practicar los deberes por los cuales cumple su fin, guardando así el orden natural. Por eso al deber inmanente de vivir corresponde la facultad trascendente de recabar de las demás personas el repeto y la cooperación a esa vida que por deber ético ha de sustentar su sujeto y que por deber jurídico es inviolable para todos los otros, obligados a acatarlo en virtud de aquel mismo orden, que ajusta los medios a los fines y los derechos a los deberes".

Líneas más abajo establece la relación entre los derechos a la vida y a la integridad física. "El derecho a la vida física incluye el de integridad corporal. Porque se tiene derecho a la vida orgánica lo hay respecto a cada uno de los miembros y partes del organismo, todos revestidos del mismo atributo de jurídica incolumidad que por ley natural pertenece al individuo humano. No es, pues, la occisión el único delito contra el cuerpo: la mutilación que más o menos lo desmembra, y las lesiones que lo inutilizan o enferman en mayor o menor grado, son también actos criminosos, cuya malicia, cuyo efecto dañino y cuya responsabilidad indemnizatoria han de medirse por la importancia del órgano segregado o lesionado con respecto a las funciones fisiológicas y de relación social".

Veamos, por último, los límites del derecho a la vida. Tiene interés porque más adelante será preciso buscar los límites del derecho a la integridad física, y

como esto es generalmente silenciado por la doctrina, será necesario recurrir a los límites del derecho a la vida, supuesta la interrelación que existe entre ambos derechos. "Como todo otro –escribe Aramburo–, este derecho tiene sus fronteras naturales en la condicionalidad de su atribución, relacionada con el fin humano al que el bien objeto del derecho sirve. La vida no es fin de sí misma, sino el bien necesariamente presupuesto para la actividad del ser, y ésta, regida como se halla por leyes morales que la enderezan hacia los fines racionales del hombre, resulta moralmente limitada por los deberes que la ordenan. Por consiguiente, no puede haber derecho a la vida allí donde el deber manda renunciar ese bien en obediencia al orden moral; ni tampoco en el momento en que, empleada la fuerza vital en la agresión ilegítima, la inviolabilidad del derecho atacado autoriza al ofendido para remover el peligro que le amenaza... En ambos casos es el deber la línea limitativa del derecho: en el primero el deber afirmativo de dar la vida en servicio de un bien superior; en el segundo el deber negativo de no usarla para dañar injustamente. Y ya hemos dicho que no hay derecho contra el deber. Precisando todo lo posible, digamos que el derecho a la vida está limitado: 1º por el deber ético que manda perderla antes que abjurar la fe religiosa...; 2º, por el deber jurídico que exige arriesgarla en el ejercicio de ciertas profesiones (el sacerdocio, la medicina, la milicia); 3º, por el deber de no usarla en daño de otro"[54].

No trata expresamente el Marqués de Vadillo del derecho a la integridad física salvo incidentalmente al hablar de la legítima defensa, pero –de acuerdo con la idea implícita o explícita de la generalidad de los autores y la referencia incidental señalada– puede considerarse

---

54. *Filosofía del Derecho*, II (Nueva York-Madrid 1928), págs. 138 ss.

incluido en cuanto dice sobre la vida: "Es la vida para el hombre –leemos en su manual– un bien en cuanto es un medio necesario para el cumplimiento de su fin racional y ello justifica el que su conservación haya podido constituir materia especial de un derecho innato, que es el derecho a la vida". Esto supuesto, define tal derecho como "la facultad natural que tiene el hombre de procurar la conservación de su existencia para atender con ella al cumplimiento de su fin racional". Precisamente porque este derecho existe en razón del fin racional del hombre, tiene sus límites: "No significa ni puede significar el derecho a la vida que el hombre deba sacrificarlo todo a su conservación, porque entonces de la categoría de medio pasaría a tener la de fin, ni menos puede entenderse por él que el hombre haya de aspirar a evitar la muerte, que es ley de toda existencia creada[55]; lo que quiere decirse es que la vida, como medio necesario para la consecución del fin racional del hombre, debe conservarse en tanto en cuanto sirva a ese fin, y si el sacrificio le sirve mejor, puede también llegar a ser un deber este mismo sacrificio, debiendo, en caso de colisión, resolverse ésta como todas las demás, esto es, sacrificando el bien menor en aras del bien mayor o más importante... puede, repetimos, llegar el caso de que su sacrificio constituya para el hombre un deber, y entonces podría con razón decirse que nos ha sido dada para sacrificarla. Tal acontece cuando la colisión se ofrece entre la verdad y la vida, o entre ésta y el bien esencial[56] y aun superior

---

55. Esta última afirmación tiene cierto interés. El derecho a la vida no significa que el hombre no deba aceptar la mortalidad como condición propia de su ser. Llega un momento en que el hombre ha de aceptar la muerte, y en este punto juega la no obligatoriedad del uso de medios extraordinarios para salvar la vida o para prolongar, sin razones de peso suficientes, la agonía de un moribundo.

56. Por el contexto, se deduce que González de Castejón se refiere a Dios con este término y el de bien supremo, aunque con una

tan sólo. El mártir sacrificaba su vida por la verdad y el bien supremo en la época de las persecuciones cristianas, y cumplía un deber, como lo cumple también, y heroico, el que muere defendiendo a su patria o el que se sacrifica generosamente en bien de sus semejantes".

Señala finalmente los modos de ejercicio de tal derecho: "El derecho a la vida se ejercita de dos principales maneras: o en condiciones de normalidad, procurando destruir cuanto pueda ser un obstáculo a la conservación de la existencia, o en condiciones de anormalidad y lucha por medio de la defensa contra toda agresión violenta, injusta y actual. Al primer caso lo designan los tratadistas con el nombre de legítima defensa"[57].

Complementan su exposición del derecho a la vida, algunas precisiones en torno al suicidio. Nos interesa, sobre todo, que recoja explícitamente el principio de que el hombre no es dueño de su vida: "Y, sin embargo, el suicidio no pasa de ser un atentado criminal y vulgar a la vez, que el hombre comete contra su propia existencia. Al privarse de ella voluntariamente y sin que su sacrificio esté justificado por la ley de subordinación, llamada a resolver las colisiones todas, el hombre dispone de lo que no es suyo y se priva de un elemento esencial, esencialísimo para el cumplimento de su fin racional, constituyendo todo ello una violación flagrante del orden y por consiguiente un delito, ya que el primer deber impuesto por Dios al hombre en la ley eterna y confirmada por la ley natural fue dicho respeto. No es esto sostener que el hombre no pueda sacrificar su vida en aras de un bien mayor y fin más alto, que en ello precisamente consiste el heroísmo, y aun puede ser

---

ambivalencia de significados: fin último del hombre y Dios, siendo ambos lo mismo.

57. *Lecciones de Derecho Natural* (Madrid 1898), págs. 119 ss.

materia de deber y de deber estricto[58]; lo que negamos es que el hombre tenga facultad para sacrificar voluntariamente su vida sin justificación alguna de las citadas, o por despecho, que vale tanto como oposición resuelta a los designios providenciales"[59].

De la integridad física, como apuntábamos, habla sólo incidentalmente al tratar de la legítima defensa. En sus palabras se observa la íntima relación entre los dos derechos mencionados. Después de decir que la legítima defensa "es consecuencia del derecho a la vida"[60], añade: "Descansa, como fácilmente se colige, la legítima defensa en la necesidad de la coacción, mediante la cual debe hacerse efectiva toda relación jurídica, cuando voluntaria y naturalmente no se presta por quien viene obligado a ello; y como el respeto a nuestra existencia alcanza por igual a cuantos viven en sociedad, de aquí que esté justificada la coacción contra quien voluntariamente, y no en cumplimiento de un deber, atenta a ella o

---

58. En otro lugar vuelve sobre el mismo tema: "Ni el derecho a la vida ni ninguno de los derechos individuales afectan ni pueden afectar el carácter de absolutos, porque eso contradiría su naturaleza de medio humano para el cumplimiento del fin racional; pero además, probado que la vida debe sacrificarse en ocasiones al cumplimiento de más altos deberes, como los que nos imponen la verdad y el bien, desde ese momento no puede tampoco hablarse de su carácter absoluto. Mas estos límites que desde luego tiene la vida, y que por eso llamamos naturales, han de fundarse necesariamente en el cumplimiento de deberes superiores, y a esta categoría pertenecen el culto de la verdad y del bien y el mismo del derecho. Debe, por tanto, sacrificarse la vida por la verdad, por el bien y por la justicia". Ob. cit., pág. 131.

59. Ob. cit., págs. 123 s.

60. La razón que da es la siguiente: "porque su objeto es conservarla en un caso en que su conservación procede, puesto que no impone su sacrificio deber alguno, y, en cambio, la contradice injusta y violentamente quien así nos ataca sin razón ni fundamento que lo autoricen".

a su integridad"[61].

A causa del método que utiliza, resulta más difícil exponer el pensamiento de Mendive, del que nos limitaremos a dar noticia de las principales proposiciones. Dentro de los deberes del hombre consigo mismo está el de conservar la vida; por ello en ningún caso es lícito el inflingirse directamente la muerte. La razón es la ya conocida; es decir, que el hombre no es dueño de su vida. Corolario de esto es la ilicitud de la mutilación y el deber del hombre de procurar positivamente la conservación de la vida[62] . De cierto interés para nuestro objeto

---

61. Ob. cit., pág. 127.

62. "PROPOSITIO PRIMA. *Nullo in casu licet sibi violentam mortem directe inferre.* 82. *Praenot:* Dicimus *directe.* Indirecte enim, seu operando rem honestam et licitam, simpliciterque permittendo mortem, quae ex forte per accidens sequatur, aliquando in grave mortis periculum sese immittere non modo licitum est sed maximis etiam laudibus celebrandum. Ratio est: quia maximum hominis bonum in hac vita non est corporis conservatio, sed honestas virtutis. Haec autem aliquando ad sui exercitium postulat, ut homo grave aliquod mortis periculum subeat; ut cum quis ob opera pietatis in patriam aut in suos parentes, vel misericordiae in aegrotos, vel denique charitatis in proximum forti animo ingentia mortis pericula aggreditur. 83.— *Demonstr.*- 1º Illa solum directe destruere nobis licet, quorum domini sumus. Sed vitae nostrae substantialis domini esse non possumus: tum quia vita haec est conditio praevia ad dominium ac proinde extra eius spheram vagatur; tum etiam quia dominium veram relationem dicit rei posessae ad dominum, homo autem veram relationem ad se ipsum habere nequit... 84. — *Coroll.* — *I.um Ergo mutilatio membrorum per se illicita est.* Ratio est: quia membrorum sunt *partes* compositi humani, cuius homo non est verus dominus. Dico autem *per se;* quia *per accidens* licet membrorum aliquod mutilare, ut impediatur destructio totius compositi, quod conservare tenemur. 85. —*Coroll.*— *II.um Ergo homo tenetur actibus positivis vitam corporis conservare.* Nam qui tenetur ad finem eo ipso obligatur ad media. Media autem quibus hominis vita conservatur, sunt actus praedicti". *Ethica et Jus Naturae* (Vallisoleti 1888), págs. 199 ss.

es la afirmación –por lo demás común a muchos autores anteriores, especialmente moralistas, todos ellos de solvencia– de que no es opuesto al deber de conservación del cuerpo una *moderata* –ordenada y no excesiva– acción nociva realizada por fines honestos[63].

Pasando de los deberes del hombre consigo mismo a los derechos y deberes con los demás, afirma que "omnis homo natura sua et per se habet jus ad vitam et membrorum integritatem". La razón que da es que los deberes de la ley natural fundan los derechos naturales correspondientes[64].

Nada de particular añade Rodríguez de Cepeda: el derecho a la vida se funda en el deber de conservarla, este deber proviene de que el hombre no tiene el dominio sobre ella, y de ambos se deriva que no puede atentar contra –o ser lesionado en– la integridad de su cuerpo y miembros. Los límites del derecho a la vida son, para este autor, los mismos que hemos visto antes en Aramburo[65].

Mendizábal es quizás uno de los primeros autores en los que encontramos una alusión a los trasplantes (a la que más adelante nos referimos), si bien el ejemplo concreto al que se refiere es la transfusión de sangre. Para este autor "aunque no en categoría, es el primero en orden el derecho a la conservación de la existencia[66]"; en

---

63. "PROPOSITIO SECUNDA. *Officium conservandi corpus minime opponitur moderata eius castigatio*, ob fines honestos assumpta. 92. –*Demonstr.*– ... 2º Licitum est ad defendendam patriam, ad prosequenda studia et ad se rebus hujus vitae provehendum multas actionis corpori non parum nocivas efficere...".

64. Ob. cit., pág. 218.

65. *Elementos de Derecho Natural*, 5ª ed. (Valencia 1908), págs. 204.

66. La misma idea, común en la doctrina, la expresa Rodríguez de Cepeda: "El primero de los derechos innatos del hombre en el orden de su existencia, aunque no en el de excelencia, es el derecho a

él se comprenden, entre otros, el derecho a la integridad física. De este último dice: "La conservación *incólume* del organismo es el asunto del derecho a la integridad física; y, por lo tanto, equivale a mantener la existencia en condiciones de poder utilizarla *íntegramente* para la obtención del propio fin; la necesidad y la *utilidad* de las partes distintas de nuestro cuerpo, *determinarán* la mayor o menor *importancia del derecho* que sobre cada una de ellas nos asiste".

Sobre los límites del derecho a la vida, aparte de cuanto dice al tratar de la defensa de tal derecho, observa que "una de las preocupaciones más extendidas es la de creer que el derecho superior a todos consiste en conservar la vida; pero dicha afirmación se opone al dictamen de los hombres justos, que prefieren la muerte a realizar el mal... La vida es una condición para realizar nuestro destino; pero no es por sí misma la felicidad, siendo indudable que si perdemos la vida por cumplir nuestro deber, hemos hecho un uso conveniente de ella"[67].

Para aclarar más su pensamiento, recogemos seguidamente algunas afirmaciones esparcidas a lo largo de su tratado: a) "No son nuestra vida ni nuestros miembros inviolables de un modo absoluto, sino relativo, en cuanto no pueden destruirse lícitamente por actos injustos, *pero sí pueden ser destruidos por actos justos,* como lo son los de legítima defensa"[68]; b) "Casos hay en los cuales no se quiere directamente la muerte, sino a costa de la propia vida, lograr un fin diverso; y entonces cabe distinguir la categoría del fin para el que se ofrenda la vida y la necesidad y urgencia del medio para lograr el mencionado fin. Si el *fin* propuesto por el sujeto es *superior al de vivir,* la

---

la vida". Ob. cit., pág. 204.

67. *Tratado de Derecho Natural*, II, 7ª ed. (Madrid 1929), págs. 118 ss.

68. Ob. cit., pág. 125.

subordinación justifica el sacrificio de la propia existencia, dado el que para lograrlo sea éste necesario; y la urgencia determinará [el] momento más o menos próximo de actuar ese medio insustituible. Y ha de exigirse *la necesidad del medio,* porque el deber innato a *conservar la existencia* es al propio tiempo *un deber* del sujeto, que nadie puede a su arbitrio dejar de cumplir, renunciar a él ni realizar actos que le sean directamente contrarios; pues *el deber jurídico es una necesidad moral inviolable de realizar el hombre lo que de él exige el orden del Derecho objetivo, al que está sometido en su comportamiento social"*[69]; *c)* "Es, por lo tanto, *el deber a la conservación,* al propio tiempo, *un estricto deber moral y jurídico;* en vano se alegará que somos dueños de nuestra vida y de nuestro cuerpo; pues las facultades que como depositarios y usufructuarios tenemos sobre ellos, son para el bien, no para el mal; son para contribuir al concierto y armonía social, no para ofender los derechos de otros y dejar incumplidos nuestros deberes jurídicos"[70].

Ya en nuestra época, los tratadistas de Derecho natural siguen la misma trayectoria.

Poco explícito es, al respecto, Messner, que dedica relativamente poco espacio a los *derechos del hombre,* dentro de los cuales engloba el derecho a la propia vida y el derecho a la inviolabilidad de la persona. En cuanto al primero, tras enunciarlo, escribe que "sólo cuando estén en peligro bienes superiores de la comunidad, puede exigirse legítimamente el sacrificio de la vida humana. El derecho a la vida incluye el derecho a la defensa contra un agresor ilegítimo y, en caso necesario, al empleo de la fuerza aun cuando ponga en peligro la vida del agresor". En lo que atañe a la inviolabilidad de la persona, afirma que "no hay nada que el hombre pueda designar con más

---

69. Ob. cit., pág. 133.
70. Ob. cit., pág. 135.

razón como suyo propio que su cuerpo, con sus facultades y sus energías en la forma que le vienen dadas para el cumplimiento de sus tareas vitales"[71].

Contrariamente al autor que acabamos de citar, Leclerc, trata con gran profusión del derecho a la vida, aunque sólo como consecuencia de él aluda a la integridad corporal. Este autor, que enlaza las conclusiones de la Teología Moral con las propias del Derecho Natural sin confundir ambas ciencias, se distingue por la mayor precisión con que trata los temas. No es éste el lugar para exponer cuanto escribe acerca del derecho a la vida; por razón del objeto propio de este trabajo, nos limitaremos a algunas de las afirmaciones que más directamente nos interesan.

El fundamento racional del respeto a la vida –escribe– es el dominio de Dios sobre el hombre: "Il résulte de tout ce qui précède que le fondement du respect de la vie se trouve dans la morale naturelle, et que la révélation ne fait en ce domaine qu'urger la loi naturelle. *Le seul fondement général au devoir de respecter la vie, le seul qui soit applicable dans tous les cas et qui suffise à chacun, est le souverain domaine de Dieu sur l'homme, ou encore, le caractère de créature de l'homme"*. Este carácter de criatura propio del hombre se enlaza con la misión que al hombre se otorga al recibir la vida; ambos aspectos son inescindibles, pues la vida se recibe para cumplir dicha misión: "Pourquoi, en effet, affirmons-nous que l'ordre naturel exige le respect de la vie et non celui de la maladie? Parce qu'en considérant l'ordre naturel, nous estimons que l'homme reçoit la vie pour remplir une mission qui est de travailler à sa perfection et à la perfection du genre humain, l'une étant liée à l'autre. La santé, ce sont les conditions favorables à cette oeuvre.

---

71. *Ética social, política y económica a la luz del Derecho natural* (Madrid 1967), págs. 509 ss.

L'homme doit lutter contra la maladie, parce que celle-ci l'empêche de remplir sa mission"[72]. Enlazado con el deber de respetar la vida propia y ajena y como consecuencia suya aparece el deber de respetar el cuerpo y su integridad: "Le devoir de respecter l'*intégrité* du corps humain et de ne pas nuire à la santé est une dernière conséquence du respect de la vie. *On n'a pas le droit de se mutiler, à moins d'un motif d'une importance morale proportionnée à la gravité de la mutilation, et on n'a pas le droit de mutiler ou de blesser un autre, hors le cas de légitime défense ou, s'il s'agit de l'Etat, de punition d'un délinquant.* Je ne crois pas necessaire de m'étendre sur ce point qui reproduit à une échelle réduite la règle de respect de la vie"[73].

Puy, después de señalar que son tres los derechos sustanciales del hombre (los que se refieren a la vida física, a la vida moral y al dominio de las cosas), define el derecho a la vida como "el derecho que tenemos a conservar nuestra integridad física, nuestro ser sustancial, de modo que podamos cumplir plenamente nuestro destino. Es el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana, su vida plenaria, su salud corporal, su ser de hombre, que es el requisito indispensable para poder llegar a ser lo que está llamado a ser". El fundamento de este derecho lo describe con las siguientes palabras: "El ser no existente no puede realizar función alguna; el ser mermado en sus facultades sólo puede ejercer sus funciones imperfectamente; sólo el ser perfectamente dotado puede cumplir correctamente su destino". Este derecho se desglosa, a su vez, en una serie de derechos más concretos: "El derecho a la vida saludable e íntegra se mantiene en pie en cualesquiera circunstancias. Pero se hace presente muy especialmente en algunas situaciones y emergencias típi-

---

72. *Leçons de droit naturel*, IV, 2ª ed. (Namur 1946), pág. 52.

73. Ob. cit., págs. 68 s.

cas. Conviene tenerlas presentes porque ayudan a precisar su amplísimo contenido con la enumeración de algunos derechos naturales más concretos en que plasma el derecho general a conservar y aumentar la salud".

Los referidos derechos son los siguientes: a) el derecho a no ser víctima de un homicidio; a este derecho acompaña el deber de no cometer homicidio contra la vida ajena; b) el derecho a no ser impedido a llegar a la vida autónoma y completamente desprendido del claustro materno, lo que conlleva el deber de evitar el aborto; c) el derecho de toda persona adulta a utilizar para su propia perfección sus facultades físicas naturales, con el consiguiente deber de conservar y acrecentar la propia vida actuando con sus facultades naturales en sentido positivo, así como el de no atentar contra la propia vida; d) el derecho a mantener la vida aún en condiciones dificilísimas para uno mismo o para los demás, cuyo deber correlativo es el de evitar la eutanasia.

Por último, "el derecho a la vida comprende también el *derecho a conservar el cuerpo en la totalidad de sus órganos y miembros*, incluidos los no vitales. Este derecho se apoya en la evidencia de que la privación de cualquier órgano o miembro supone siempre un impedimento para el logro de los fines humanos, de la perfección del hombre. Esto es tanto más notorio, cuanto mayor es la importancia que tienen para la vida los diversos miembros que pueden ser objeto de daño o extirpación (glándulas de secreción interna, pies, manos, ojos, órganos sexuales, etc.). A este derecho acompaña el *deber* natural de no realizar *lesiones* ni *mutilaciones*, que son, en general, todos los atentados contra la integridad corporal, que no conducen de hecho a la supresión de la vida, ora se efectúan contra los demás, ora contra uno mismo, sin

razón suficiente"[74].

Tres planos distingue Rodríguez Molinero en la vida humana, jurídicamente considerada: "Desde la perspectiva de la filosofía y normativa jurídica cabe considerar en primer lugar la vida de cada individuo singular como un derecho radical y primario, el cual origina a su vez el grave deber de conservarla. En segundo lugar, es preciso estimar el derecho a la vida de los demás, de por sí inviolable e inalienable, que a su vez origina el deber correlativo de respetar y proteger ese derecho. Por último, habrá que considerar el deber de la sociedad, sobre todo de la sociedad políticamente organizada, de proteger y asegurar la vida de sus miembros, así como de proporcionarles medios adecuados de subsistencia y posibilidades de mejora".

Dejando de lado este tercer plano, que ahora nos interesa menos, veamos sus palabras respecto de primero de los aspectos señalados: "El derecho a la vida, considerado desde el punto de vista del individuo singular, es al propio tiempo un *deber vital*, se podría decir que la vida tiende *naturalmente* a la vida. Esto quiere decir que el individuo nunca podrá disponer de su propia vida hasta el extremo de atentar contra ella o de aniquilarla, sino que tiene el deber inviolable de conservarla por todos los medios a su alcance. Este derecho y deber a la vida de cada individuo no reconoce otros límites que los que dimanan del derecho y deber a la vida de otros seres humanos. Por eso mismo son un derecho y un deber *unívoco*, es decir, radicalmente idénticos para todos los individuos, sin que quepa en este sentido hacer distinciones por razones sociales, políticas o económicas". Después de señalar la ilicitud del suicidio, añade: "Afirmar lo contrario equivale en última instancia a absolutizar el derecho a la vida por parte del hombre, como si

74. *Lecciones de Derecho Natural*, cit., págs. 403 ss.

éste pudiera disponer de ella a su antojo, lo que no corresponde a la verdad: la vida es dada al hombre y está orientada hacia una finalidad (al servicio de los demás, y a la participación en la vida divina si nos situamos a un nivel más elevado) y no es permisible suprimirla o apartarla de esta meta. Hay casos, sin embargo, en que el ofrecimiento de la propia vida, aun hasta la muerte, es admisible éticamente. Para que tal hipótesis se cumpla es necesario que exista un fin *objetivo* moralmente lícito. Así ocurre, por ejemplo, en el martirio, o cuando se arrriesga la propia vida por salvar otras vidas humanas en peligro. En todos estos supuestos es imprescindible que exista la debida proporción entre el bien que se pretende conseguir y la gravedad del riesgo. De lo contrario, tal actitud no es justificable".

En relación al respeto a la vida ajena, escribe: "En segundo lugar conviene considerar el derecho a la vida de los demás y el deber de respetar ese derecho. Puesto que el derecho a la vida es un derecho inviolable e inalienable desde el primer momento de la concepción, derecho fundamental y radicalmente idéntico para todos, nadie podrá atentar contra la vida de los demás, ni directa ni indirectamente. La aniquilación de una vida humana es siempre éticamente ilícita y supone una grave violación del orden natural de las cosas, implantado por Dios en el mundo. En este aspecto cada hombre es una persona portadora de un derecho a la vida frente al que no cabe hablar de subordinación o de supraordinación de ningún tipo. La pertenencia de la persona a una familia, a una sociedad o un grupo social e incluso a un Estado, no invalida la intangibilidad del derecho a la vida que aquélla tiene y el deber correlativo a tal derecho"[75].

---

75. Voz *Vida*, III. *Derecho*, en "Gran Enciclopedia Rialp", XXIII (1975), págs. 514 ss.

No se refiere este autor expresamente a la integridad corporal, pero la inclusión de ésta dentro de la vida es patente, por cuanto –después de tratar de la legítima defensa, la eutanasia y el aborto– se refiere a los trasplantes de órganos, punto éste sobre el que volveremos más adelante.

A diferencia de los demás autores, Luño Peña habla del derecho a la integridad física –así se llama uno de los capítulos de su libro– en el que incluye tanto el derecho a la vida como el derecho a la integridad corporal; en realidad el enunciado completo del derecho al que se refiere es el de "derecho a la conservación de la vida en su integridad física", al que se oponen el suicidio y la mutilación. Este derecho, escribe, "deriva del deber moral y jurídico de conservar nuestra existencia para el mejor cumplimiento de nuestro fin individual y social. El hombre debe conservar su vida como vínculo que une sustancialmente el alma con el cuerpo. Mas *la vida no puede considerarse como fin*, sino como medio y condición para realizar nuestro destino. Por consiguiente, el *Derecho a la vida no es absoluto*, ni independiente de toda ley superior. El derecho a la conservación está subordinado a las leyes superiores de la Moralidad y de la Justicia, que, por regular la parte racional e inmortal del hombre, son preeminentes a las leyes de la existencia física y del instinto de conservación, y además corresponden a un orden más excelente y elevado. El hombre sacrifica su vida en aras del deber y en holocausto a la Religión, a la Familia, a la Patria, a la Ciencia y a los más altos y supremos ideales"[76].

Las reflexiones de Corts Grau sobre el tema son similares a lo que hasta ahora hemos ido viendo. Resumiendo muy brevemente su pensamiento podemos decir: a) El derecho a la vida no se circunscribe a la mera

---

76. *Derecho Natural* (Barcelona 1947), pág. 352.

subsistencia, sino a la existencia propiamente humana. b) Es un derecho natural. c) No es absoluto o el más importante, porque la vida es un bien transitorio, ordenado a otros fines. d) La vida no es un fin en sí, sino un don condicionado. Por tanto, no podemos coartarla ni malograrla a nuestro arbitrio. e) El derecho a la vida es, pues, el derecho a mantener y desarrollar nuestra existencia y nuestro ser de hombres como medio básico para cumplir nuestros fines: conservación, perfección y salvación. Por donde abarca, en un sentido amplio, la conservación y el desenvolvimiento de nuestras facultades corporales y espirituales. Abarca aspectos tales como la integridad física, la subsistencia, la vivienda, las condiciones de trabajo, la asistencia sanitaria, etc.[77].

4. *El derecho sobre el cuerpo*

a) La expresión: "derecho sobre el cuerpo" apenas ha salido en los textos que en las páginas anteriores hemos ido citando. En realidad, tal término no es de uso habitual en la doctrina científica; es, más que un tecnicismo, un vulgarismo. Desde un punto de vista científico se habla más concretamente de derecho a la vida, derecho a la salud y derecho a la integridad física. Y estos tres derechos se subsumen, como hemos visto, en el derecho a la vida en sentido lato.

Quizás pueda dar la impresión de que es un tanto fluctuante la terminología empleada por los autores, pues a primera vista parece que se pueden distinguir con claridad –sin necesidad de unirlos unas veces y separarlos otras– tres aspectos y, con ellos, tres derechos bien

---

77. *Curso de Derecho Natural*, 4ª ed. (Madrid 1970), págs. 315 s.

delimitados: la vida (cuyo opuesto es la muerte), la salud (a la que se opondrían la debilidad y la enfermedad) y la integridad física (cuyo opuesto sería la mutilación). Y, en efecto, así es. Teniendo en cuenta que los derechos y deberes se desglosan y delimitan de acuerdo con las distintas situaciones, se puede –y a nuestro entender se debe– distinguir tres derechos de acuerdo con los tres aspectos señalados.

Sin embargo, no hay que perder de vista la íntima relación existente entre los tres, que responde a lo que es y se llama la vida. No es fluctuación de pensamiento el hecho de que los autores hablen de los tres derechos indicados como integrantes del derecho a la vida. Esta actitud tiene su raíz en la noción misma de vida. Llamamos vida, en su sentido más pleno, al *acto de ser*, pero no de cualquier ser, sino de aquellos seres llamados vivientes[78]. La vida no es un accidente o un añadido al ser, sino un modo de ser, una mayor y mejor participación en el acto de ser. De ahí que las distintas clases de vida –vegetativa, sensitiva, racional, etc.– no sean otra cosa que modos progresivos y superiores de poseer la perfección del acto de ser. Es cierto que no todo *esse*, todo acto de ser, se identifica con vivir puesto que hay seres no vivientes; en tal sentido *ser* es un concepto más amplio que vivir o vida; no es menos cierto, en cambio, que vida es el acto de ser, connotado por la forma –hablamos según las categorías tomistas de materia y forma– propia del viviente: su alma o ánima (alma vegetativa, alma sensitiva, alma racional). Por eso Santo Tomás (comentando el texto aristotélico *II de Anima*, cap.

---

78. S. TOMÁS DE AQUINO, I, q. 18, a. 2. Sobre el *acto de ser* puede verse, B. LAKEBRINK, *La interpretación existencial del concepto tomista del acto de ser*, en "Veritas et Sapientia". En el VII Centenario de Santo Tomás de Aquino (Pamplona 1975), págs. 19 ss.; H. BECK, *Dialéctica materialista y acto de ser tomista*, en "Veritas et Sapientia", cit., págs. 95 ss.

4, "el vivir para los vivientes es su mismo ser") dice que "vivir no es otra cosa que un modo de ser proveniente de una determinada forma"[79]. Viven aquellas sustancias –en sentido filosófico– que gozan, en ciertos grados, de un obrar espontáneo e inmanente, es decir, que actúan como tales en virtud de una fuerza interna (*motus ab intrinseco*) –no sólo son movidas por agentes exteriores–, y cuyo obrar queda dentro de ellas mismas perfeccionándolas. Esta propiedad hay que referirla a la sustancia completa singular (*suppositum*), no a sus partes o elementos.

En una segunda acepción y de modo impropio, llamamos vida a las operaciones del ser vivo (entender, querer, alimentarse, amar) y en este sentido se habla de vida intelectual, vida amorosa, vida científica o cultural, vida política, etc.[80].

Fácilmente se desprende de lo dicho que vida, integridad corporal y salud son cosas íntimamente unidas. Si vida se toma en su sentido radical, la salud y la integridad corporal son distintos aspectos de ella; tanto la falta de salud como la falta de integridad corporal atentan de un modo u otro a la integridad o plenitud del acto de ser del hombre (a la *vida* en sentido ontológico radical). Sin embargo, y permaneciendo íntegra tal relación, se pueden distinguir los tres aspectos indicados y a efectos jurídicos es oportuno hacerlo; por ello es mejor hablar de tres derechos diferentes, aunque relacionados.

En este contexto, la expresión derecho al propio cuerpo no es demasiado feliz y, a efectos sistemáticos, apenas es relevante. Se trata, en realidad, de una reducción de los tres derechos indicados, más útil a efectos

79. C. G., I, 98.

80. Vide voz *Vida* de la "Gran Enciclopedia Rialp", XXIII, págs. 502 ss., *Introducción general*, por J. IPAS, y II. *Filosofía* por J. J. SANGUINETTI.

dialécticos que científicos. De todas formas, no hay por qué rechazarla y, situada en sus debidos términos, es utilizable.

Supuesto lo que acabamos de decir, conviene distinguir lo que se opone a la vida (la muerte), a la salud (enfermedad y debilidad) y a la integridad física (mutilación).

b) En la base de estos tres derechos encontramos un deber: el deber del hombre de conservar su vida, su salud y su integridad física. Un deber que, primariamente, dice relación consigo mismo y, en última instancia, con Dios. Es un deber moral, que se plasma en un derecho ante los demás.

Quizás pueda parecer poco claro que de un deber moral se deduzca un derecho. Parecería más lógico que, como ocurre en tantas ocasiones, a un deber moral corresponda un deber jurídico, lo mismo que a una esfera de libertad moral corresponde –salvo los límites que acaso impongan el bien común y las circunstancias históricas concretas— una esfera jurídica de libertad. Sin embargo, no existe nada de extraño en ello. Hay, en efecto, deberes morales que, por su objeto (normalmente por pertenecer radicalmente a la intimidad de la persona, aunque tengan una proyección social), lo que originan ante el ordenamiento es un derecho y no un deber. Es el caso, conocido, de la libertad religiosa. Al deber moral del hombre de dar culto a Dios, corresponde por su índole (por la índole del acto de fe) el derecho natural a la libertad religiosa en el seno de la sociedad civil[81]. A este

81. No es el momento para mayores explicaciones sobre este derecho, sobre el que existe una abundantísima bibliografía. Nos limitamos a remitir al lector a la obra de A. FUENMAYOR, *La libertad religiosa* (Pamplona 1974).

tipo de derechos suele corresponder el deber de la sociedad de protegerlos, fomentarlos y ayudarlos.

Ante todo y sobre todo, la vida, la salud y la integridad física nos aparecen jurídicamente como objetos de un derecho. Esto es importante tenerlo presente. Desde un punto de vista jurídico, los deberes sociales del sujeto del derecho en relación a tales materias habrá que contemplarlos siempre desde este hecho fundamental y, por lo tanto, como expresiones de la finalidad de esos derechos o como límites impuestos por esa finalidad. A su vez, la situación jurídica fundamental de la sociedad respecto de dichos bienes y derechos es el de protegerlos, ayudarlos y fomentarlos.

Para entender la naturaleza y la conformación de los citados derechos es preciso recurrir a dos aspectos propios del hombre: su condición de persona y su modo de inserción en la sociedad. Ambos puntos exigirían muchas páginas –han hecho correr ríos de tinta– para exponerlos con la profundidad que merecen; la índole de este trabajo, sin embargo, nos obliga a una brevísima referencia[82].

1º) Ser persona es poseer inteligencia y con ella la libertad. Lo decisivo es que la condición de persona es una más plena participación en el ser (la inteligencia no es una mera facultad añadida, es una perfección del *acto de ser*). Es un modo de ser superior, el más alto en los grados de la participación en el ser. Entre la persona y los demás seres no hay solamente un mayor desarrollo o

---

82. Sobre la noción de persona, puede verse, A. MUÑOZ ALONSO, *La persona humana* (Zaragoza 1962); ID., *Persona, sindicalismo y sociedad* (Madrid 1973); F. BELTRÁN, voz *Persona*, en "Gran Enciclopedia Rialp", XVIII, págs. 346 ss.; E. GÓMEZ ARBOLEYA, *Estudios de teoría de la Sociedad y del Estado* (Madrid 1962), págs. 24 ss.; R. SIERRA BRAVO, *La persona humana en el Magisterio social de Pío XII* (Madrid 1960).

perfeccionamiento, sino también una analogía en cuanto son seres. Es el mismo concepto de ser el que se hace análogo en uno y otro caso. La persona tiene una participación en el ser, que le hace ser más ser, si se nos permite la expresión, que los seres no personales.

Dos rasgos –derivados de la intensidad en el ser– configuran la persona: a) la persona posee el dominio sobre su propio ser; dominio absoluto en Dios, menos perfecto –pero muy real aunque sujeto a Dios– en el hombre. Dominio no se toma aquí en sentido jurídico, sino en sentido filosófico[83]. El ser personal es un ser que, por su misma plenitud de ser, es dueño de sí, autónomo, lo que realiza a través de su libertad y del dominio que ejerce la inteligencia sobre las demás potencias. b) La persona es fin en sí misma. También aquí hemos de advertir que el hombre sólo es fin en sí mismo de modo relativo, no total; pero lo es[84].

Hemos dicho que entre la persona y los seres no personales existe una analogía; no participan del ser del

---

83. "Ad secundum dicendum quod personalitas necessario intantum pertinet ad dignitatem, inquantum ad dignitatem et perfectionem eius pertinet quod per se exsistat: quod in nomine personae intelligitur". S. TOMÁS DE AQUINO, III, q. 2, a. 3 ad 2. Cfr. *De potentia*, q. 9, a. 3.

84. "Mas las hipóstasis personales... porque son de naturaleza espiritual (y en cuanto lo son)... no existen tan sólo para representar su especie, sino para tener en sí mismas la posesión y el disfrute eternos de los privilegios que competen a su especie; son *fin propio*. Y porque no lo son las demás hipóstasis, por esto pueden éstas con todo lo que son y poseen, estar subordinadas a las personas, ser su propiedad; pueden y deben servir para el uso de las personas y estar sujetas a su dominio... sin embargo, las *personas creadas* no son el fin último de sí mismas. Por ser creadas, dependen de una personalidad más alta, como de su origen y fin último, y por tal motivo no han alcanzado aún de ninguna manera la posesión, el disfrute y el uso completos, absolutos de sí mismos". M. J. SCHEEBEN, *Los misterios del cristianismo*, 3ª ed. castellana (Barcelona 1960), págs. 78 s.

mismo modo. También esta analogía del ser es aplicable a la persona, de modo que el hombre es persona por participación y, consecuentemente, la persona humana sólo participa finita y limitadamente del ser personal, cuya plenitud sólo encontramos en Dios, que es el analogante.

Pero, aun dentro de estos límites, dentro de su finitud, el hombre es persona y en consecuencia es real y verdaderamente dueño de sí y fin en sí mismo. Respecto de Dios, la finitud del hombre se manifiesta en que el dominio sobre su ser –al igual que su ser– depende ontológicamente de Dios, que lo crea y lo mantiene constantemente en la existencia. Ello hace, a la vez, que el hombre dependa, en su conducta, de una ley superior, la ley natural, expresión de su íntima condición de criatura ordenada a unos fines preestablecidos por Dios, que le llevan a su plenitud o perfeccionamiento (a su realización personal)[85].

Esta dependencia ontológica y moral es –contra lo que pudiese parecer– no un límite, sino una potenciación. Por ser criatura, el hombre es, de suyo, *nada*, no-ser; la dependencia ontológica le otorga el ser; la dependencia moral, el camino para su perfeccionamiento. Precisamente porque la acción divina es potenciación, una participación real en el ser, el hombre posee un dominio real y verdadero, tan real y verdadero que, si bien en el radical plano ontológico no puede apartarse lo más mínimo de la dependencia de Dios (no está en sus manos y de producirse dejaría automáticamente de ser), en el plano moral puede rebelarse contra Dios e ir contra la ley natural. Éste es, quizás el efecto más llamativo, el que muestra –por su paradójico contraste–

---

85. Cfr. A. MILLÁN PUELLES, *El problema ontológico del hombre como criatura*, en "Scripta Theologica", págs. 309 ss.; J. PIEPER, *La criatura humana: el concepto de criaturidad y sus elementos*, en "Veritas et Sapientia", cit., págs. 121 ss.

con trazos más acusados que el hombre es libre, lo que es signo de que es persona (a la vez que su finitud; pues sólo una persona finita es capaz del mal); mas no es lo más radical y decisivo. Lo radical y decisivo es que el hombre es realmente libre, que en el plano ontológico domina su actividad y que en el plano moral la ley natural es ley que se cumple mediante la libertad (el acto no libre deja automáticamente de ser moral).

Esto nos lleva como de la mano al tema, planteado por los moralistas, de que el hombre no es dueño de sí y en consecuencia *non est dominus membrorum suorum.* ¿Qué sentido y alcance tiene esta afirmación? Desde luego, no significa que, en su radicalidad, el hombre no tenga un verdadero dominio sobre sí, ni una verdadera autonomía (aun contando con las limitaciones indicadas). La distinción de los antiguos moralistas entre *dominium directum* y *dominium utile* lo pone de relieve; aunque sólo *utile,* o sea subordinado, el hombre tiene *dominium* sobre sí. Ambos –dominio y autonomía– son aspectos de su ser, no sobreañadidos, sino forma de ser, se integran en su *acto de ser,* son constitutivo de su ser personal. Para negar que el hombre sea verdadero *dueño* (en el sentido filosófico del que hablamos) de su ser, habría que negar que es persona. No es dueño de sus miembros en el sentido de que dichos miembros sean algo que, no siendo propiamente él mismo, estén bajo su dominio. La argumentación de De Lugo –que ya está en el fondo de la fórmula romana, aunque con mucha menor fuerza, dado que el concepto de persona es una aportación de la ciencia cristiana posterior– vale, no sólo para el Derecho, sino también para cualquier modo de entender el dominio del hombre sobre su ser, que haga extrínsecas a él a sus partes. El hombre es dueño de sus miembros en el radical sentido filosófico del que venimos hablando, es *sui iuris* (trasladando la conocida

expresión jurídica al campo filosófico[86], dándole el sentido radical al que nos estamos refiriendo), posesor de su ser.

La expresión de los moralistas –"homo non est dominus membrorum suorum"– quiere significar que, en el plano moral, el hombre no es un ser absoluto, dejado a su libre arbitrio como único criterio del bien y del mal. En otras palabras, significa por una parte el principio de finalidad y, por otra, la existencia de la ley natural, que incide en la vida, en la salud y en la integridad física, de tal modo que estos tres bienes -que se resumen en la vida, la salud o vitalidad y la integridad del cuerpo–, no están dejados a la arbitrariedad del hombre ni a su libre disposición. El dominio, verdadero pero finito y dependiente, es un dominio para unos fines y conforme a unas reglas.

¿Qué comporta el principio de finalidad? Comporta que el hombre ha sido creado con unos fines intrínsecos a su ser, cuya consecución representa la perfección del hombre. Tender a conseguir estos fines es obedecer la voluntad divina y es también exigencia de la naturaleza humana. Apartarse de ellos lleva ineludiblemente a la degradación del hombre. De ahí la reiterada apelación de los tratadistas de Derecho natural a los *fines racionales del hombre;* y de ahí también que tales fines constituyan para los moralistas los principios básicos de la moralidad de los actos humanos, siendo el fin último del hombre el principio supremo de la Ética[87]. La perfección del hom-

---

86. Así lo hace, por ejemplo, M. J. SCHEEBEN, ob. cit., pág. 78: "En cambio, las personas, a causa de su dignidad, porque son independientes no de cualquier manera, sino *sui iuris,* nunca pueden ser tratadas como simples cosas, por lo tanto tampoco pueden ser aprovechadas como simples medios para un fin extraño".

87. Vid, por ejemplo, G. YURRE, *Ética,* 3ª ed. (Vitoria 1969); O. N. DERISI, *Fundamentos metafísicos del orden moral,* 3ª ed. (Madrid 1969); V. CATHREIN, *Philosophia moralis,* 21ª ed. (Barcinone 1959);

bre, la obtención de los fines, que lleva consigo la *plenitudo essendi*, constituye el *deber-ser* fundamental del hombre, pues conseguir tal perfección es exigencia de su ser personal y, en última instancia, voluntad divina. En tal sentido, el *deber-ser* del hombre no es mero imperativo formal al modo kantiano, sino la perfección del ser del hombre en cuanto se presenta como exigencia e imperativo de la naturaleza humana, ordenada a unos fines.

El hombre es un ser-para-unos fines, y esto implica que la vida, la salud y la integridad física están traspasadas de finalidad. Se tienen para unos fines, y en tanto son y constituyen el acto del ser del hombre (en lo que al cuerpo se refiere) se ordenan al fin supremo y subordinadamente a los fines particulares del ser mismo del hombre.

Esto enlaza con la ley natural. Tal ley no es tampoco un añadido meramente extrínseco al hombre; es la regla de la actividad humana, que ordena al hombre hacia su deber-ser, hacia el fin supremo y hacia los fines particulares intrínsecos de la naturaleza humana. De ahí que lo primario que aparece respecto de la vida, la salud y la integridad física sea un deber: el deber de conservarlas. Pero, a la vez, como el hombre es un ser-para-unos fines, y la vida es un acto de ser, tal deber se subordina –lo vimos en los autores– a los fines del ser humano. No se trata de un deber absoluto y a ultranza, cerrado en sí mismo, sino en orden a la finalidad del hombre.

Me parece que así es como hay que entender el principio *homo non es dominus membrorum suorum*, de su vida, de su salud; esto es, no tiene una libertad moral respecto de estos bienes (no dependen de su arbitrio).

A. MILLÁN PUELLES, *El ser y el deber*, en "Veritas et Sapientia", cit., págs. 61 ss.; R. GARCÍA DE HARO, *La noción teológica de ley natural*, en "Veritas et Sapientia", cit., págs. 249 ss.

Es dueño de sí, de tales bienes porque es persona, mas a la vez los posee *en orden a unos fines* y debe usarlos *conforme a la ley natural*.

2º) El modo de inserción del hombre en sociedad –segundo punto que debíamos tratar– se enlaza con lo que antes hemos dicho sobre el hombre como ser que, relativamente, es fin en sí mismo, como consecuencia de ser persona.

Ser fin en sí mismo quiere decir que no es puro medio. Los seres no personales, en virtud de su misma e inferior participación en el ser, nos aparecen como posibles medios. No poseen la radical autonomía ni el dominio sobre su ser que caracterizan la persona. Aunque posean vida y por ello un principio inmanente de movimiento espontáneo, son en realidad partes de la Naturaleza, del cosmos. Que los animales carnívoros se alimenten de otros animales, que los hervíboros se coman las plantas o que éstas extraigan de la tierra elementos que la componen, no es ningún atentado a la existencia de los seres que les sirven de alimento, porque el ser no personal no tiene, como facultad propia inherente a su ser, la exigencia de ser, el derecho a la existencia. Por el contrario, son partes del cosmos, dentro del cual unos seres están al servicio de los otros como medios. Es un proceso natural dentro de la Naturaleza.

Sólo a la persona no es aplicable esta regla. La persona nunca es puro medio, ni simple parte de un todo más amplio. El hombre es social por naturaleza, es decir, nace en sociedad y para vivir en sociedad; sin embargo, no es una mera parte del todo social ni un simple medio para los otros[88]. Su condición de persona lo impide. El olvido de esta característica de la persona tiene como natural consecuencia el *totalitarismo*, que

88. Cfr. notas 82 y 89.

considera al hombre como simple parte del todo social; sin olvidar otras formas de mentalidad totalitaria, que aparecen siempre que a una persona humana se la considera parte o *portio* de otra (caso del *nasciturus* respecto de la madre) o se la sacrifica directamente en aras de la totalidad (ciertas formas de eugenesia, genocidio, etc.).

Si el hombre nunca es puro medio ni simple parte del todo social, sin embargo en determinada medida está al servicio de los demás y es parte de la sociedad. Y ello en virtud de su misma naturaleza social[89]. ¿Cómo se determina la medida de esa inserción en el todo social? El criterio no es otro que el antes enunciado: los fines a los que está destinado y la ley natural como medida de la tendencia a dichos fines. Este criterio, junto a la autonomía de la persona (su dominio sobre el propio ser), son las dos coordenadas que, en cada situación concreta, señalarán el ámbito de los derechos y el deber de servir a la colectividad.

Por lo que atañe a la vida, a la salud y a la integridad física, es evidente que el derecho del hombre sobre tales bienes es la consecuencia jurídica primaria del modo ontológico de poseer el propio ser que es inherente a la condición de persona.

Resumiendo las líneas anteriores, podemos concluir que, jurídicamente, el derecho que el hombre tiene sobre su vida, su salud y sus miembros no es un derecho de propiedad, sino un derecho de otro tipo: es un *derecho*

---

89. Cfr. además de las obras citadas en la nota 82, J. TODOLÍ, *El bien común* (Madrid 1951), CH. DE KONINCK, *De la primacía del bien común contra los personalistas*, ed. castellana 1952; ID., *In defence of Saint Thomas*, en "Laval Theologique et Philosophique", I (1945), págs. 1 ss.; G. GRANERIS, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto* (Torino 1949), págs. 143 ss.; J. MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho natural*, cit., págs. 155 ss.; A. F. UTZ, *Ética social*, ed., castellana, I (Barcelona 1961), págs. 151 ss.

natural y fundamental a existir y a conservar íntegras sus facultades, el derecho a ser y vivir.

Desde otro punto de vista, la disposición sobre el propio cuerpo y sobre sus facultades no es absoluta. El hombre tiene el ser y la vida para unos fines y encuentra la regla de la moralidad y de su perfección (o realización) personal en la ley natural. Dentro de la ley natural está el servicio a la sociedad, limitado por la condición de persona propia del ser humano y la naturaleza de la sociedad.

c) Hemos dicho antes que la vida –y con ella, la salud y la integridad corporal– es el acto de ser. También hemos señalado que los miembros del cuerpo humano –y este mismo considerado en su totalidad– son constitutivos del ser humano y, en este sentido, no cabe hablar de una *relación* entre el hombre y su cuerpo. Sin embargo, el lenguaje común parece expresar una idea contraria; los hombres hablamos de "*mi* cuerpo", "*mis* manos", "*tus* ojos", etc., como dando a entender lo contrario; esto es, que los miembros del cuerpo están en relación con el hombre sin confundirse con él mismo.

En realidad, esta forma de expresarse se refiere a la distinción entre las partes y el todo; siendo el hombre un ser compuesto, hablamos de las partes refiriéndolas al todo. Es ello producto de nuestro modo de pensar y de hablar, según el cual, las partes *pertenecen a, son del* todo. Forma de hablar que aplicamos a cualquier ser: las hojas *de* un libro, tal pieza pertenece a tal motor, etc. Cuando a esta idea se une la de persona, surge inmediatamente la imagen de un *yo* radical que ejerce sobre las partes un dominio; *pertenece a* y *ser del* todo, se convierten en la idea de derecho, de posesión. Nuestro yo radical es el dueño de las partes del ser humano.

No es esto un modo de pensar, que no tenga un fundamento real. Aunque, propiamente hablando, los miembros corporales no son *del* hombre, sino el hombre,

son, en primer lugar, partes del todo, no el todo. En segundo lugar, y más importante, sujeto del derecho, no son los miembros del cuerpo sino la persona, lo que filosóficamente se llama el *supuesto* (*suppositum*) (racional pues es persona). Psicológicamente, esto se manifiesta en la captación de nuestro *yo* íntimo, que de algún modo no se confunde ni con nuestros miembros ni con el cuerpo. De ahí que sea explicable, psicológicamente, la tendencia a poner los miembros corporales en *relación de pertenencia* con nuestro yo, como algo que *nos pertenece* y sobre lo que tenemos poder de disposición.

Decíamos que el sujeto de derecho es la persona, el supuesto (*suppositum*). En efecto, los miembros en sí considerados no tienen ningún derecho unos frente a otros, ni respecto de las demás personas; quien mutila injustamente a un hombre no injuria (no comete injusticia) contra el miembro mutilado, sino contra la persona. Tampoco los miembros son capaces de injuria en cuanto se distinguen del cuerpo. Ni siquiera el cuerpo –considerado en su totalidad– es el sujeto del derecho; el sujeto, repetimos, es el supuesto (supósito), la persona, el hombre. De ahí que éste pueda y deba usar de los miembros "non ad utilitatem membrorum, sed ipsius hominis"[90]. El sujeto es el hombre compuesto de alma y cuerpo: en cuanto supósito. Más adelante sacaremos las consecuencias pertinentes a esto. De momento es suficiente decir que cuanto acabamos de ver no debe considerarse como mera disquisición abstracta, pues obedece a la constitución ontológica del ser persona. Y así la persona humana no es esencialmente el ser humano en el despliegue de todas sus potencias, sino el compuesto alma-cuerpo, ser vivo material-espiritual, que

90. Cfr. DE LUGO, ob. cit., disp. X, sect. IV, n. 104. Vide A. F. DÍAZ NAVA, *El principio de totalidad según la doctrina del Card. Lugo* (Santander 1960), pág. 37.

existe y se da allí donde tal *suppositum* existe. Haya nacido o esté en el claustro materno, tenga uso de razón o no (la razón la tiene, aunque el uso no), esté o no mutilada, la persona humana existe cuando existe el compuesto cuerpo-alma.

5. *Los límites del deber de conservar la vida, la salud y la integridad física*

Ya hemos visto antes de qué manera los autores señalaban las consecuencias de los derechos sobre los bienes indicados, así como los deberes del Estado y de los particulares en orden a protegerlos. No es ahora el momento de tratar más extensamente de estos puntos; sí, en cambio, de ver –en la medida necesaria para el tema que nos ocupa, no de modo completo– los límites del deber de conservarlos.

Dejando aparte supuestos que ahora no interesan (como es el caso de la pena de muerte), existe práctica unanimidad, según hemos visto, en las siguientes afirmaciones: a) el hombre tiene el deber de conservar la vida, la salud y la integridad física mediante el uso de los medios ordinarios (se tiene el derecho de usar los medios extraordinarios, pero no el deber); b) es lícito y a veces obligatorio ponerlas en peligro (exponerse a perderlas) cuando existan causas proporcionadas. Ahora bien, para los tres derechos, en todos los casos en los que se establece la licitud y aun el deber de ponerlos en peligro, se señala –de modo implícito o explícito– como principio rector el llamado principio de los actos de doble efecto o voluntario indirecto. Para la salud y la integridad física se añaden, además, el principio de totalidad, así como la *moderata castigatio corporis*, que en unos supuestos entra dentro del voluntario indirecto y en otros no. Fuera de

estos tres supuestos (voluntario indirecto, principio de totalidad y la *moderata castigatio*) no se admiten límites al deber de conservación. Todo acto contra él, que no sea reconducible a los mencionado supuestos se considera ilícito.

a) *El voluntario indirecto*

Sustancialmente este principio significa que el hombre no puede realizar actos cuyo efecto directo y propio sea su muerte, enfermedad o mutilación (salvo, en estos dos últimos casos, que sea aplicable el principio de totalidad, obviamente inaplicable a la vida); en otras palabras no puede realizar sobre sí mismo un acto directamente (acto voluntario directo) occisivo, contra su salud o mutilador.

Puede realizar, en cambio, actos que refleja e indirectamente pongan en peligro –aunque sea próximo e inminente– su vida, su salud o su integridad física. Centrándonos en el derecho a la vida para no hacer inútiles repeticiones, veamos con mayor detenimiento –siempre dentro de la brevedad– este principio.

La distinción radica en que la primera hipótesis (voluntario directo) contempla actos que tienen como efecto propio, inmediato y directo causarse la muerte. El acto es causal y directamente occisivo; a ello se ordena objetivamente y la muerte es lo que directamente quiere el agente, bien sea en sí misma, bien con la intención de obtener unos ulteriores objetivos, no para sí como es evidente, sino para otros. La segunda hipótesis, en cambio, es distinta: se trata de actos con *dos efectos*, uno querido y otro no querido. El acto se ordena de suyo y principalmente a una acción que no es la muerte del agente; si ésta se produce es un efecto secundario e indirecto del acto. En la primera hipótesis, la muerte es

activamente producida; en el segundo caso es *pasivamente* aceptada o permitida. Esto permanece incluso en aquellos supuestos límites en los que el sujeto realiza una acción que consiste simple y llanamente en colocarse en situación de muerte, como es el caso del que se ofrece a morir en lugar de otro, ya en cumplimiento de una condena a la pena capital –así ocurrió en tiempos pasados–, ya cuando se intenta diezmar a una población, unos prisioneros, etc., de lo que hay ejemplos modernos[91]. ¿Cuál es la razón última de esta diferencia? Obsérvese que en la segunda hipótesis la muerte se *padece* (este es el punto clave), lo que nos indica que el agente y su acción tienden directamente a otro objetivo. Un objetivo que ha de estar dentro de lo moralmente lícito, esto es, debe consistir en el cumplimento de los fines naturales del hombre, cumplimiento que puede ser un deber o un acto de amor o solidaridad. La muerte *le acaece*, le es causada por otros agentes, en la realización de actos cuya finalidad inmediata y propia no es la muerte. El médico que está cuidando enfermos infecciosos, lo que está directamente haciendo es ejercer su profesión; si contrae la enfermedad y muere, ello no es una consecuencia directa de sus actos profesionales, sino un efecto indirecto. El médico no se suicida, se *expone*, eso sí, a la muerte. La diferencia es clara. Aunque menos claramente, lo mismo sucede en el caso límite antes indicado; el acto occisivo es de otros y el del agente se ordena directamente a salvar la vida ajena. Si no existe el fin directamente intentado –un fin que cae dentro de los fines naturales del hombre–, no es lícito el acto; tal ocurriría cuando alguien sustituyese a otro en los supuestos indicados con la única finalidad de morir. En suma, la muerte nunca puede ser el *obiectum*

---

91. Como desde antiguo han puesto de relieve los moralistas, para que tal ofrecimiento sea lícito –aparte de otros requisitos– es preciso que la condena sea injusta (la acción de diezmar siempre lo es).

directe et principaliter intentum; este objeto principal y motivador primario del acto de la voluntad ha de ser otro. Quede claro que no se trata de simples voliciones (el llamado *volitum* o lo deseado, cuya consecución no es efecto propio del acto voluntario), sino de que el acto objetivamente se ordene a un fin distinto de la muerte propia –aunque ésta también se produzca–; este fin será el *obiectum directe et principaliter intentum* de la voluntad.

Con ello llegamos a la razón antes indicada: la *acción directa de matarse no está en el orden de los fines del hombre*. No lo está como fin, pues la muerte es la radical destrucción de la posibilidad de tender hacia ellos; no lo está tampoco como medio, por la misma razón. Causarse la muerte directamente está fuera del orden de los fines del hombre y, por tanto, es directamente contrario a la ley natural. Tender a los fines propios del hombre mediante actos arduos y aun heroicos, cuya consecución comporta un peligro para la vida, está dentro de la ley natural, porque la vida –como el ser del hombre– está trascendida de finalidad, es vida-para-unos-fines, y morir cumpliendo los fines naturales está de lleno dentro del orden moral del ser humano. La vida –entendida como acto de ser– se consuma (llega a su plenitud) mediante la tendencia a los fines; que la muerte sobrevenga en el cumplimiento de un acto (de deber o de amor) arduo o heroico, significa que sobreviene en un momento de realización personal –a veces de gran valor– y perfeccionador del hombre.

En cambio, la muerte no está dentro de los fines de la vida humana; no es fin, ni medio para esos fines. En el caso del voluntario indirecto, lo que perfecciona no es la muerte, sino la acción –de cuidar enfermos, intentar salvar a una persona en peligro de muerte, la defensa de la nación, etc.– principal y directamente intentada. Es importante tener esto en cuenta, porque a veces se tiende insensiblemente a glorificar la muerte, como si fuera ella

lo que es *debido, lícito* o *heroico,* esto es, lo que perfecciona a la persona. Y esto es a mi entender un grave error. Lo lícito, debido, heroico y aun glorioso es el bien que se obtiene *a costa de* la misma vida, a la que –aunque parezca paradójico– consuma, perfecciona, al alcanzar el hombre mediante su acción un alto grado de realización personal. Realización o perfección personal que reside, no en la muerte, sino en la entrega o sacrificio hasta la muerte (*usque ad mortem*).

No es óbice el que de ello se siga la muerte, porque, aunque ésta no es un fin del hombre, sí es condición de su existencia –el hombre es un ser mortal– y de lo que se trata es de llegar a la muerte en el más alto grado posible –dentro de las circunstancias de cada individuo– de perfección personal. No vale hacer llamadas a perfecciones o realizaciones personales futuribles o teóricamente posibles, porque lo decisivo es aquella perfección –la obtención de aquellos fines– que las circunstancias concretas marcan a cada hombre.

La muerte no está en el orden de los fines, sino en el orden de la finitud del ser humano. Es un hecho que hay que aceptar en su momento; pero está fuera de lo que el hombre puede causar en sí.

Después de las reflexiones anteriores, no nos resta sino recordar cuáles son los requisitos de la licitud del voluntario indirecto o acto de doble efecto.

1º. *Que la acción sea buena en sí misma o al menos indiferente.* Y así, nunca es lícito realizar acciones contrarias al Derecho natural, aunque se alcanzaran con ello óptimos efectos. La razón es porque el fin no justifica los medios y no se puede hacer el mal para lograr un bien. Para descubrir si una acción es en sí misma buena o indiferente hay que atender a su objeto, fin y circunstancias. En la práctica ayuda mucho examinar si el agente tiene perfecto derecho a realizar aquella acción y no lesiona y perjudica el derecho de un tercero.

2º. *Que el efecto inmediato o primero que se ha de producir sea el bueno y no el malo.* La razón es la misma de antes: no es lícito hacer un mal para que sobrevenga un bien. Por eso no es lícito robar con el fin de dar limosna a los pobres; no es lícito provocar el aborto para salvar la fama de una mujer, etc. Muchos autores aceptan la licitud del acto, aunque los dos efectos (bueno y malo) se produzcan al mismo tiempo, con tal de intentar únicamente el bueno y no el malo. Y así sería lícito bombardear una ciudad enemiga para destruir a los culpables, siendo inevitable que perezcan a la vez ciudadanos inocentes, etc. A mi parecer esta opinión es correcta, ya que sigue permaneciendo el hecho de que el objeto directo y principalmente intentado es el bueno. Algunos van más lejos todavía y admiten la licitud del acto con tal de que los dos efectos sean simultáneos en su causa, aunque no lo sean en el tiempo. Según esta opinión, por ejemplo, sería lícito en una guerra justa disparar contra el enemigo, aunque éste se escondiera detrás de una cortina de seres inocentes (v. gr. mujeres y niños); porque, aunque los proyectiles tropezaran antes con los inocentes que con los culpables, llevan también la muerte para aquéllos, y así, en su causa, los dos efectos se producen a la vez. Muchos son los autores que niegan la licitud de este caso, por parecerles que el efecto bueno es posterior al malo, contra la regla que hemos establecido. A mi entender, estos últimos llevan razón, puesto que el objeto *directo* de la acción es el efecto malo como medio para llegar al lícito.

3º. *Que el fin del agente sea honesto, esto es, que el agente intente únicamente el efecto bueno y se limite a permitir el malo.* Porque si intentara el efecto malo, aunque fuera a través del bueno, su acción sería inmoral por la perversidad de su intención. Ni siquiera es lícito intentar los dos, sino única y exclusivamente el bueno, permitiendo el malo únicamente por su absoluta inseparabilidad con el bueno.

4º. *Que el agente tenga causa proporcionada a la gravedad del daño que el efecto malo haya de producir.* Porque el efecto malo, aunque vaya junto con el bueno y se le permite tan sólo de una manera indirecta y con desagrado, es siempre una cosa materialmente mala; y lo ilícito material no puede permitirse sin una causa proporcionada. Y así, v. gr. la salvación de la patria es causa suficientemente grave para desencadenar una guerra justa, a pesar de los grandes daños que de ella se seguirán; pero el lucro que puede obtenerse por la venta de literatura pornográfica no es suficiente razón para venderla, porque los daños morales que de esa venta se seguirán son mucho mayores que la vantaja del lucro material.

b) *El principio de totalidad*

Aplicable a la salud y sobre todo a la integridad física, podemos enunciar este principio del modo siguiente: es lícito sacrificar la parte por el bien del todo. Aquí ya no se trata del voluntario indirecto, sino del voluntario directo.

Como decíamos antes, el titular de la dignidad y de los derechos de la persona no son las distintas partes del cuerpo, sino el *suppositum;* las partes se subordinan al todo a cuyo servicio están.

El contenido del principio de totalidad se puede establecer mediante estas proposiciones: a) la parte existe para el todo; b) el bien de la parte está subordinada al bien del conjunto; c) el todo es determinante para la parte; d) el todo puede disponer de la parte en su interés o provecho. Con palabras de De Lugo podemos resumirlo diciendo que *cum partes ordinari debeant ad totum, conse-*

quenter posponi debent boni totius[92].

Fácilmente se observa que el principio de totalidad se funda en las relaciones del todo con la parte y, por lo tanto, sólo es aplicable a aquellos seres compuestos en los que la noción de parte en sentido propio se realiza sin salvedades: el llamado todo físico. Las características del *todo físico* son las siguientes: a) forma una unidad subsistente en sí; b) cada parte carece de propia subsistencia, pues es parte integrante del todo; c) por consiguiente la parte está destinada por su propia naturaleza a ser encuadrada en el todo y no tiene otra finalidad fuera de él.

En el hombre, él es el ser subsistente en sí, las partes corporales carecen de propia subsistencia (separadas mueren irremediablemente) y no tienen finalidad fuera del todo, como es obvio.

De esto mismo se deduce que el principio de totalidad no es aplicable al todo moral, es decir, a la sociedad en relación con el hombre como integrante o componente suyo. En efecto, los cuerpos morales: a) no constituyen una unidad subsistente en sí misma, sino una unidad de orden y finalidad; b) se ordenan en última instancia al bien y provecho de sus miembros, los cuales –por ser personas– no son partes integrantes en sentido propio, sino colaboradores, que conservan su propia personalidad, para la realización del bien común[93].

Punto éste de interés, porque algunos autores han pretendido aplicar el principio de totalidad para fundar la licitud de los trasplantes de órganos entre personas vivas. Aparte de lo que acabamos de decir, baste observar que la aplicación del principio de totalidad a la sociedad supone necesariamente entender al hombre como parte en sentido estricto, lo que es la base ideológica del totalitarismo.

En virtud del principio de totalidad es lícita la

---

92. Ob. cit., disp. X, sect. I, n. 21.

93. Vid, A. F. DÍAZ, ob. cit., págs. 141 ss.

amputación de miembros, cuando ello es necesario como único remedio, para salvar la vida o recobrar la salud. Por este principio se legitiman las intervenciones quirúrgicas, entre otras cosas.

c) *La "moderata castigatio corporis"*

En sentido amplio, que es el que usamos, la *castigatio* incluye la debilitación y la *defatigatio*. En dicho sentido, incluye una prudente y transitoria acción nociva sobre el cuerpo, en orden a un fin racional y honesto, esto es, a un bien de entidad superior al daño producido. Como principio independiente del voluntario indirecto (hay muchos casos de *moderata castigatio* que se incluyen en él) se refiere a una acción directa originada por motivos racionales y ordenada al bien propio o ajeno. Entran en esta categoría acciones causadas por otros o por el propio paciente, como acciones correctivas por motivos de educación[94], el ayuno por razón de salud o por motivos religiosos, etc.

---

94. Ya en el Derecho romano encontramos admitida la acción contra quien sobrepasa la moderación en las correcciones educativas y de aprendizaje, como es el famoso –entre los romanistas– caso del aprendiz de zapatero, en el que una glosa griega al *PSI 1449 recto* parece hacer referencia a la *actio utilis ex lege Aquilia*. Cfr. E. VALIÑO, *Acciones pretorias...*, cit., págs. 99 ss.

III. LAS TRANSFUSIONES

No existiendo, por ahora, otras transfusiones conocidas que las de sangre, nos referiremos seguidamente a este tipo de transfusiones, intentando exponer las principales cuestiones de Derecho natural en ellas involucradas.

Las transfusiones, hemos dicho al principio, son cosa distinta de los trasplantes. Tanto física como biológicamente –pese a las semejanzas– las transfusiones de sangre no son calificables de trasplante en sentido estricto. Respecto del donante son actos de debilitación, que se relacionan directamente con el derecho a la salud. Sólo en casos extremos atañen al derecho a la vida del donante: cuando la cantidad extraída fuese tan grande que lo situase en peligro de muerte o se la causase directamente.

Por parte del receptor, unas veces está en juego el deber de cuidar la salud –y el derecho a recobrarla–, en otras es la vida misma la que está en peligro de modo más o menos inminente. Hechas estas primeras observaciones pasemos a estudiar más pormenorizadamente los diversos problemas involucrados.

1. *Cuestiones sobre el donante*

La primera cuestión que la transfusión de sangre plantea respecto del donante es el de la licitud, en sí misma, de la donación. ¿Es lícito donar sangre? Ciertamente no se trata de un tema debatido. Existe al respecto una conciencia general acerca de su licitud. Los Estados, la Iglesia Católica –y en general las confesiones religiosas, salvo algunas a las que luego aludiremos–, los juristas y

los moralistas no han puesto el menor reparo. Más bien, se alaba la donación de sangre, a la que se considera como un acto de sacrificio en favor del prójimo, un acto de solidaridad. Sin embargo, esto no nos dispensa de buscar la razón de su licitud. No para incidir en cuestiones inútiles, sino porque tarea de la ciencia es descubrir las razones y las causas de los hechos. ¿Por qué es lícita?

Los autores, al referirse a los casos en que es lícita la mutilación, suelen incluir la transfusión de sangre –desde que tal técnica terapéutica está en uso– dentro de dichos casos. Pero hay, en esta inclusión, un doble fallo, a mi entender: a) Todos los casos de mutilación que se consideran lícitos –fuera de la donación de sangre– son incluibles dentro de los llamados actos de doble efecto (voluntario indirecto) o del principio de la totalidad. Mas la transfusión de sangre no es incluible en ninguno de estos casos. Su licitud no proviene de la aplicación del principio de totalidad (que sólo podría referirse a las antiguas sangrías), ya que el beneficio no es para el cuerpo del donante. Tampoco es aplicable el principio del voluntario indirecto, porque la transfusión no cumple con sus requisitos, pues el acto pernicioso (la pérdida de sangre) es directamente querida, aunque el motivo principal no sea el efecto malo, que sólo se acepta como consecuencia inseparable. No hay que confundir aquí –lo veíamos antes– el *voluntarium* (acto voluntario, o sea producido por la voluntad libre) con el *volitum* (lo deseado). Nadie desea –se acepta como una desgracia– perder un miembro o someterse a una operación quirúrgica, pero lo quiere (*voluntarium*), y por eso se somete a ello, como remedio. El principio del voluntario indirecto, presupone que sea indirecto el acto voluntario (el *voluntarium*), lo que no ocurre en la transfusión. En segundo lugar, el efecto malo es anterior al bueno; tampoco por este lado cabe aplicar el principio del voluntario indirecto.

Lo primero que debe advertirse es que –como ya pusimos de relieve– en la transfusión no hay mutilación propiamente dicha, sino debilitamiento. Quizás algunos autores modernos hayan olvidado que desde antiguo la *effusio sanguinis* no se considera mutilación[95]. En mi opinión, la transfusión de sangre es lícita, porque cae dentro de la *moderata corporis castigatio*, que es lícita cuando median motivos y fines proporcionados. Salvar una vida, hacer posible la curación de un enfermo grave, etc., mediante la cesión de una parte de la propia sangre, es motivo suficiente y proporcionado.

Por otra parte, la debilidad producida es transitoria, a causa de la regeneración de la sangre, que suele producirse en pocas horas. Es evidente que nos estamos refiriendo a las transfusiones tal como suelen hacerse normalmente, en las que la cantidad de sangre extraída al donante es moderada y dentro de límites médicamente controlados. Para otros casos –cantidad superior, peligro de debilitación permanente, etc.– hay que acudir a criterios similares a los trasplantes, de los que seguidamente hablaremos.

Supuesta esta licitud de principio, que por ser cuestión moral hemos simplemente enunciado, vamos a ver seguidamente algunos aspectos jurídicos de la cuestión. Y el primero de ellos podría enunciarse preguntando si donar sangre es un deber de justicia.

La respuesta es decididamente negativa. Sólo en el caso de mediar un contrato de donación jurídicamente válido –y en los términos del contrato– la donación podría ser de justicia. En los demás casos, no existe tal obligación y por tanto la negativa a donar sangre no es un acto injusto, sancionable o coaccionable. La razón es

95. Niegan también que la transfusión de sangre constituya mutilación, diversos autores actuales, entre ellos: VAN KOL, ob. cit., pág. 532 y LANZA-PALAZZINI, ob. cit., pág. 176.

bien simple: a) la sangre se produce para el bien del propio cuerpo, no para el bien del cuerpo ajeno; no es un producto corporal en beneficio de otros. Ni tampoco puede hablarse de una normal superabundancia que suponga una posible previsión natural para los demás. La cantidad de sangre producida por el organismo, salvo caso de una disfunción (lo que supondría un defecto), es la necesaria para el organismo, según la complexión de cada uno; b) El hombre es dueño de su propio cuerpo y la condición de persona –su incomunicabilidad y autonomía, en cuya virtud es fin en sí mismo y no simple medio para los demás– supone que no existe, ni el deber de justicia de donar sangre ni el menor derecho de la sociedad a reclamar tal donación. De deberes de amor y solidaridad no hablamos por ser cuestión moral, no jurídica.

Nos hemos referido al contrato y es ahora el momento de plantearse si tal contrato sería lícito por Derecho natural. En principio, nada impide que una persona se obligue a donar sangre, siempre que se trate de un acto de liberalidad y no existan cláusulas que supongan una especie de pérdida del dominio sobre sí. ¿Cabe que un contrato de este tipo contenga cláusulas de tipo económico? Ante todo digamos que no es injusto ni ilícito recibir una cierta compensación económica por la donación de sangre; lo ilícito es la *mercantilización* (su transformación en bien económico) de la sangre humana, o que el donante llegue a transformarse en algo así como en un profesional de la donación. La mercantilización, sobre constituir la conversión en materia económica de una *res extra commercium* por su propia naturaleza, sería una desvaloración de la persona humana, que atentaría contra la dignidad humana del donante. Al respecto conviene tener presente que, aunque en la actualidad la transfusión se realiza técnicamente sin la presencia del donante, mediante bancos de sangre, es siempre objetivamente un acto de solidaridad

entre donante y receptor, que no puede ser subvertido, aunque de hecho y en los motivos subjetivos del donante tal perspectiva se pierda algunas veces, sobre todo cuando media una compensación económica. La sangre no es siquiera objeto de compraventa. La compensación económica –lo mismo al donante que a los intermediarios, si los hubiere– no puede tener el sentido del precio en una venta; sólo es configurable como un relativo y moderado resarcimiento de daños y gratificación por el bien o servicio proporcionados. Es *compensación*, no precio. A nadie se le oculta que el proceso de mercantilización ha comenzado e incluso no faltan juristas que favorecen este proceso, intentanto –con buena fe, pero erradamente a nuestro entender– rechazar la idea del cuerpo humano como *res extra commercium* para estos y otros casos.

Tampoco es lícito que el donante se transforme en una especie de profesional de la transfusión; sería una desnaturalización del acto de donación y un abuso del propio cuerpo. Dentro de los deberes del Estado en orden a la organización sanitaria está la de prevenir y cortar los abusos indicados.

Digamos finalmente que, supuesta la existencia de un contrato, la negativa injustificada a donar sangre no es coaccionable, por tratarse de una prestación personalísima. Puede, en cambio, dar lugar a la acción por resarcimiento de daños, si tal negativa los produjese.

Otros puntos –cantidad de sangre, prevención de infecciones, etc.– no las tocamos por no ofrecer dificultades de relieve.

2. *Cuestiones sobre el receptor*

Si respecto del donante la primera pregunta se refería a la licitud de la donación, respecto del receptor el primer interrogante es el de la licitud de la recepción de sangre. En principio tal pregunta es ociosa; por supuesto que es lícito recibir sangre, como aceptar cualquier otra terapéutica que mejore la salud o salve la vida, respetando la dignidad de la persona humana.

¿Pero es, no ya lícito sino obligatorio recibir la transfusión? También la respuesta es afirmativa por tratarse de un medio ordinario para cumplir el deber de conservación, sin que de suyo plantee otros límites a ese deber que las demás técnicas terapéuticas: a) que la transfusión no sea, por circunstancias especiales, un medio extraordinario; b) que sea necesaria; c) que conlleve, por lo menos con probabilidad proporcionada, un efecto curativo. Si no es necesaria, por existir otros medios terapéuticos, el posible receptor tiene derecho a negarse a recibir la transfusión y en algunos casos incluso el deber de hacerlo; si en ciertos supuestos se transformarse en medio extraordinario no habría el deber de aceptarla y existiría el derecho a rechazarla, mas no el deber de negarse a ella; por último, si las probabilidades terapéuticas son ínfimas o desproporcionadamente remotas existe el derecho a rechazar la transfusión.

¿Hay obligación, por parte del médico, de proceder a la transfusión de sangre, aun contra la voluntad del enfermo? Tratándose de un medio ordinario, la contestación es la misma que para cualquier medio ordinario. Existe esta obligación hasta donde llegue la obligación de evitar las lesiones graves o el suicidio. Si la negativa del enfermo es configurable como un atentado grave a su salud o su vida, se puede y se debe actuar como en cualquier otra situación de esta clase. En otras palabras, el médico puede intervenir sin o contra la voluntad del

paciente, o de sus familiares si éste no tiene uso de razón, para salvarle.

Esta regla, sin embargo, plantea en la práctica un problema, que con alguna frecuencia ha saltado a las páginas de la prensa: se trata de la cuestión de los *objetores de conciencia* contra la transfusión de sangre. Los objetores han sido, en todos los casos que conozco, Testigos de Jehová. Para la secta religiosa de este nombre –por una peculiar aplicación de algunos textos del Antiguo Testamento– recibir sangre ajena sería un acto gravemente ilícito, de suerte que sus seguidores prefieren morir antes que recibir una transfusión sanguínea. ¿Cuál es la conducta que ha de seguir el médico? ¿Puede el juez, al que se acuda para resolver el caso, obligar a que se realice la transfusión?

Como ejemplo, puede ser de interés transcribir, en la parte que más interesa, una noticia de prensa: "Una joven madre, en Washington, falleció ayer por la madrugada en un hospital, por negarse a recibir una transfusión de sangre que le hubiera salvado la vida. Jane Pogue, de 26 años, miembro de la secta de los Testigos de Jehová, cuya fe no autoriza las transfusiones de sangre por considerar que es una desobediencia a la Ley de Dios, acababa de dar a luz una niña. La pequeña, Venia Michelle, que se encuentra en grave estado, pudo ser salvada mediante una transfusión –a la que sus padres se opusieron–. Pero la decisión de un juez que la ordenó, preservó su vida, a pesar de los deseos de sus padres. El drama del matrimonio Pogue comenzó a primeras horas de la mañana del martes, al dar a luz la madre en el Hospital Municipal de Washington. Durante el alumbramiento, la madre sufrió una hemorragia, pero tanto ella como su marido, Welbourne Pogue, se negaron a autorizar la necesaria transfusión. La dirección del hospital, alarmada ante la gravedad de la señora Pogue, pidió urgentemente la presencia de un

juez para decidir el futuro de la paciente, que se estaba desangrando y a punto de morir. Cuando el juez acudió a la cabecera de la enferma, ésta todavía se encontraba en plenitud de facultades y conocedora de su grave estado. En presencia del marido de la paciente, y de dos testigos miembros de la secta de los Testigos de Jehová, el Juez Tim Murphy, improvisó una audiencia pública del caso. Murphy, apenas escuchó los argumentos de ambas partes, decidió el caso de la recién nacida, al considerar que entraba dentro de la jurisdicción de los tribunales de Justicia. La pequeña había nacido con una ictericia, por un exceso de pigmento amarillo, provocado por una destrucción de los glóbulos rojos, y sin las debidas transfusiones de sangre corría el peligro de morir o de ser deficiente mental para el resto de su vida. Pero al considerar la voluntad de la joven madre, de morir antes que permitir que sangre extraña entrase en su cuerpo, el juez Murphy se negó a violar su deseo, ordenando que los médicos actuasen de acuerdo con los deseos de la paciente y de su familia. Ante la decisión judicial de hacer prevalecer las creencias religiosas de la enferma sobre los deberes de los médicos que la atendían, la dirección del hospital no tuvo más remedio que obedecer a la ley. Los médicos intentaron una histerectomía de emergencia para detener la hemorragia, pero sin las necesarias transfusiones la paciente no pudo sobrevivir". La noticia, pese a los detalles con que narra el hecho, es lo suficientemente imprecisa como para impedir un análisis pormenorizado del caso; por ello, sólo nos servirá como ejemplo.

La cuestión planteada roza las conexiones entre el deber de impedir la muerte ajena, especialmente por parte de quienes tienen la responsabilidad sobre el enfermo, y el derecho de libertad religiosa en relación con el derecho a la libertad de las conciencias, de los que es sujeto el paciente. Para perfilar el caso, recordemos –aunque sea incidentalmente– que libertad religiosa y

libertad de las conciencias no coinciden , aunque haya una mutua implicación; la libertad religiosa se refiere al culto a Dios –dicho sea sin entrar en más precisiones– mientras que las libertad de las conciencias tiene por objeto específico la vida moral, esto es, la libertad de actuar según los dictados de la propia conciencia. La mutua implicación es clara, porque la conciencia suele fundarse en doctrinas éticas que forman parte del credo religioso de la persona; y por otra parte, dar culto a Dios, buscar y seguir la verdadera religión es un deber moral. Por existir esta relación entre religión y moral, el derecho a la libertad de las conciencias se subsume en el de libertad religiosa, de cuya extensión y de cuyos límites participa, cuando el juicio de conciencia responde a la norma ética prescrita por el credo religioso que se profesa. Desde el punto de vista jurídico, la invocación del credo religioso como amparo para actuar la norma ética, pone en juego el derecho de libertad religiosa. Sin embargo, ambos derechos son distintos; cabe ejercer –en amplios sectores de la moralidad– el derecho a la libertad de las conciencias, aun profesando una religión, sin invocar el derecho de libertad religiosa, ya que, de suyo, la moral natural y el Derecho natural son conocidos por la recta razón, sin que sea exigible que el sujeto tenga que establecer una relación directa con un credo religioso; el caso de los agnósticos, ateos o los que profesan un vago teísmo, esto es, cuando no hay adscripción a una fe religiosa concreta, es claro al respecto. El supuesto analizado presenta, desde luego, conexiones entre ambas libertades, puesto que el juicio de conciencia moral de la paciente y de su esposo provenía directamente del credo religioso, y de estas conexiones hemos de partir.

La solución, por lo que a la paciente se refiere, ofrece pocas dificultades en cuanto a la norma a aplicar una vez interpretados correctamente los hechos. Lo menos claro a mi parecer es precisamente individualizar correctamente el supuesto de hecho. Es opinión muy generalizada ver

simplemente un cuadro "presuicidal" en la negativa a recibir la transfusión de sangre por motivos de conciencia; en otras palabras, es común entender que se trata de un intento de suicidio por omisión, que se consumará en caso de que el médico no proceda a la transfusión (en otras hipótesis puede no llegar al suicidio, pero sí a un grave atentado contra la salud). Si esta opinión común está en lo cierto, es claro que la objeción de conciencia no debe tenerse en cuenta –salvo para amortiguar los posibles traumas psicológicos o la resistencia violenta del paciente, utilizando para ello los medios adecuados, entre ellos la previa anestesia, siempre que sea posible– y prevalece el deber del médico –en su caso de la autoridad pública, a través del juez– de salvar la vida del paciente. La razón reside en que el llamado orden público es un límite al derecho de libertad religiosa y –en cuanto conectado con éste– al derecho de libertad de las conciencias. Ni por motivos religiosos, ni por respeto a la conciencia invenciblemente errónea pueden permitirse homicidios (por ejemplo, los sacrificios humanos rituales o el aborto). Ambos supuestos caen dentro del orden público y, en consecuencia, el derecho de libertad religiosa no ampara estos casos.

A mi juicio, la duda estriba en si el caso planteado es verdaderamente calificable de suicidio. ¿Es un caso de suicidio por omisión o estamos ante un supuesto diferente: la negativa a aceptar una terapéutica inmoral? Cierto es que la terapéutica de que se trata no es inmoral, pero esto no significa un cambio en el supuesto de hecho, sino un error en el juicio moral acerca de la terapéutica. Del mismo modo que quien cree lícito el suicidio, no cambia el hecho por su error, tampoco lo cambia en el supuesto que acabamos de enunciar, porque los hechos objetivos que configuran el supuesto (la conducta del paciente) no son alterados por el error en el juicio moral.

Quien está dispuesto a utilizar todas las medidas terapéuticas éticamente posibles, no es un suicida, porque detenga sus intentos de curación ante un medio inmoral. La mujer embarazada, que está dispuesta a recurrir a todos los medios posibles para curarse, y se encuentra con que sólo el aborto directamente provocado podría curarla, no es una suicida al negarse a permitirlo. Como no es suicida –ni directo ni indirecto– quien rechaza legítimamente el uso de medios extraordinarios para su curación. En estos casos, no existe el *animus suicidandi*; lo que hay es el *animus* de curarse, junto a la aceptación de la muerte ante los límites establecidos por el Derecho natural y la finitud de la ciencia humana.

En el caso analizado, la paciente tenía el *animus* de curarse y permitió en principio cuantos medios dispone la ciencia médica (incluso más dolosos y lesionadores que la simple transfusión, como la histerectomía); sólo se detuvo ante un medio que, aun sin serlo, ella creía inmoral. Entiendo que, respetando la probabilidad de la opinión común, el supuesto de hecho contemplado no es el suicicio, sino la negativa a aceptar una terapéutica inmoral.

Delineados así los hechos, queda por ver si el error sobre la inmoralidad del medio terapéutico –se tiene por inmoral un medio que no lo es– está o no amparado por la libertad de las conciencias, unida –en este caso– al derecho a la libertad religiosa. La solución ha de venir de la respuesta que demos a la pregunta: ¿juega aquí el orden público? La noción de orden público –en lo que atañe a la libertad religiosa– comprende la paz pública (bien político), la concordia de los ciudadanos en el uso del derecho a dicha libertad (bien jurídico) y la moralidad pública (bien moral) (cfr. decl. *Dignitatis humanae*, n. 7). Pues bien, en el caso contemplado, sólo por parte de la moralidad pública podría tener relevancia el orden público. Pero el supuesto de hecho "negativa a aceptar

una terapéutica inmoral" es obvio que no atenta contra el bien moral público; atentará contra él, en todo caso, el error (y no subjetivamente, sino objetivamente que, por lo demás, es lo decisivo). Ahora bien, no existiendo el *animus suicidandi* y sí el *animus* de curarse, junto a la aceptación de la regla de no permitir la aplicación de una terapéutica inmoral, el error de hecho, sobre una terapéutica concreta no ataca a la moralidad pública, ya que la regla moral que la paciente sigue –aunque con una errónea valoración sobre un hecho concreto– es verdadera y correcta, a la vez que son públicos los motivos; esto es, es público que se trata del rechazo de una terapéutica que se entiende inmoral.

Si el verdadero supuesto de hecho es el que hemos indicado, en tal caso el médico –y en su caso el juez– debe respetar la decisión del paciente. Por esta causa, la resolución del caso Pogue por el juez Murphy nos parece correcta, aunque la terminología empleada por la noticia –no sabemos si refleja exactamente lo que dijera el juez– sea poco exacta, pues no se trata pura y simplemente de "creencias religiosas", sino de "conciencia" o juicio moral producido por creencias religiosas.

Esto no significa que el derecho a la libertad de las conciencias enerve totalmente el deber de los médicos y del poder público en orden a salvar la vida del paciente. Pueden y deben ponerse cuantos medios sean posibles para usar la terapéutica erróneamente tachada de inmoral por el paciente –siempre que sea la única aplicable–, aprovechando las circunstancias que permiten hacerlo sin lesionar su conciencia. Se trata, en efecto –en el caso que estamos estudiando– de no violar la conciencia del paciente, lo que es muy distinto de que el médico tenga que amoldar su actuación a la conciencia errónea del paciente. El médico debe seguir su propia conciencia. Sólo cuando hay una oposición *in actu* y, por lo tanto, cabe una violación de la conciencia del paciente,

prevalece el derecho de este último. Y así, por ejemplo, si al médico le llega un enfermo inconsciente que sabe que es objetor de conciencia, puede y debe proceder a la transfusión, si ésta es necesaria.

Hay, sin embargo, un extremo de consideración, que es común en toda objeción de conciencia. El dato de que la opinión general parece entender el rechazo de la transfusión de sangre por motivos de conciencia como un suicidio por omisión, aunque sea equivocado –en nuestra opinión y por las razones aducidas–, muestra el peligro de que, si se respeta la objeción de conciencia, se pueda crear un estado de opinión equivocada acerca de la licitud del suicidio por omisión. Si este riesgo se corriese verdaderamente, entendemos que prevalecería el bien común sobre el privado y debería no admitirse la objeción de conciencia. Sin embargo, el respeto a los derechos naturales exige que tal decisión prudencial, basada en las circunstancias, vaya acompañada de una correcta información y, en consecuencia, de una recta formación de la opinión pública.

Respecto del hijo, también parece correcta la solución del juez, ya que el derecho de libertad religiosa no ampara la lesión a terceros; en consecuencia prevalece en este caso el deber del Estado y de la sociedad de proteger al hijo; ni hay lesión a la conciencia del interesado, ni el respeto a la conciencia invenciblemente errónea de los padres puede llegar hasta permitir la muerte del hijo o su deficiencia mental permanente; el límite del orden público tiene también aquí plena vigencia.

Con este sucinto comentario a un caso real, creemos haber tocado las principales cuestiones que plantea la objeción de conciencia frente a la transfusión de sangre.

IV. LOS TRASPLANTES

1. *Los trasplantes en los tratadistas del Derecho Natural*

Al entrar en el estudio de los trasplantes o injertos propiamente dichos, nos ha parecido de interés comenzar con una exposición del estado de la cuestión en los tratadistas del Derecho natural. Pocos son los autores que estudian el tema, por lo que la exposición ha de ser necesariamente breve. En conjunto, puede observarse una tendencia general a aceptar, con algunas reservas, la licitud de los trasplantes, aunque no es menos cierto que tal estado de opinión suele moverse en un plano genérico que requeriría mayores matizaciones.

Como ya hemos indicado, uno de los primeros iusnaturalistas que aluden a esta cuestión es Mendizábal, en una época en la que los trasplantes eran una realidad incipiente y se ceñían al injerto de algunos tejidos y a la transfusión de sangre.

Al respecto el citado autor escribe: "La lesión o la mutilación de nuestro cuerpo no son lícitas, salvo que sean medios necesarios para realizar un bien superior. Hay ocasiones en que la amputación de un miembro puede ser necesaria para salvar la propia existencia. Ciertos métodos curativos pueden exigir algunas operaciones lesivas del organismo físico de una persona que, hallándose con salud, intenta proporcionársela a otro, aun a costa de graves sufrimientos y peligros: acto de abnegación muy digno de alabanza". Y añade en nota: "En la autoplastia (método quirúrgico que consiste en la reparación de un órgano tomando del enfermo mismo los tejidos necesarios para esta reparación) procura el individuo suplir ciertas faltas a expensas de su propio organismo; pero también hay casos en que se trasplantan partes tomadas de un organismo extraño, hombre o

animal (heteroterapia), y en que se pasa de un hombre sano a otro enfermo parte de la sangre de aquél a fin de reemplazar la sangre perdida a consecuencia de una hemorragia, o alterada por cualquier otra causa, por medio de una operación denominada transfusión de sangre"[96].

Parecida opinión –dentro de una generalidad que tampoco distingue entre los distintos supuestos que pueden darse– expresa Luño Peña: "En principio, no son lícitas la lesión y la mutilación de nuestro cuerpo. Tan sólo son admisibles como medio indispensable para la conservación de la salud y de la propia existencia: como la amputación de un miembro gangrenado, la extirpación de glándulas y de órganos cuya lesión amenaza gravemente la economía total del organismo. También puede ser lícito el sacrificio de la propia integridad en favor del prójimo para salvar su vida, como en el caso de transfusión de sangre"[97].

Puy trata asimismo de este tema dentro de las lesiones o mutilaciones. Como antes veíamos, exceptuaba de su ilicitud las realizadas con razón suficiente. Y al respecto aclara: "Hay que subrayar esta última cláusula, porque como en estos casos no está en juego la misma vida en sí, como un todo, hay una gran casuística de circunstancias que hacen objetivamente lícita, y aun debida, la *amputación quirúrgica* de órganos diversos. En efecto: a) La amputación a es a veces un deber estricto. Así, hay deber de consentir la extirpación quirúrgica de órganos secundarios, cuando su presencia pone en peligro de muerte el total del cuerpo. Y hay deber de intervenir quirúrgicamente al prójimo en los casos de urgencia, por ejemplo, a los accidentados inconscientes. b) La amputación entra a veces en el dominio de lo

---

96. Ob. cit., págs. 154 s.
97. Ob. cit., pág. 353.

moralmente neutro. Por ejemplo, cuando la intervención no es vitalmente necesaria, por la levedad de la disposición patológica (cirugía estética) y al mismo tiempo no pone ella misma en peligro grave la vida. c) Por fin, la amputación entra a veces en el dominio de la moralmente heroico. Por ejemplo, cuando uno cede algo de su cuerpo para salvar la vida ajena: cesión de piel a un abrasado, transfusión sanguínea a un desangrado, etc. En este campo, no obstante, hay límites infranqueables. No se pueden ofrecer órganos vitales, porque ello conllevaría un suicidio encubierto. Pero sí es lícito y heroico cederlos *post mortem*. Por ejemplo, ojos, riñones, hígado, corazón, etc., para *trasplantes*, o incluso el cadáver completo para usos de investigaciones biológicas"[98].

Varios puntos del pensamiento de este autor quedan claros. Por un lado, que son lícitos los trasplantes de muerto a vivo, previa cesión voluntaria, sin que toque –no es su intención tratar este tema de modo completo– el caso de no haber cesión voluntaria por parte del difunto o, en su lugar, de la familia. En segundo lugar, que es ilícito ofrecer para un trasplante un órgano vital; no entra, en cambio, en el supuesto de los órganos pares, ni en el de los órganos no vitales, en sentido estricto, dos casos en los que la hipótesis del suicidio encubierto no se verifica.

Para Rodríguez Molinero la licitud ética de los trasplantes de órganos requiere ante todo distinguir si el donante es una persona viva o muerta. "En el primer supuesto es totalmente ilícito todo trasplante de órganos que ponga en peligro serio la vida del donante, aun en el caso de que éste preste su consentimiento para realizarlo. Puede ser lícito, y en algunos casos muy meritorio, si tal peligro no existe y el donante se presta a ello voluntaria y libremente, es decir, sin ningún tipo de coacción y

98. Ob. cit., págs. 408 s.

mucho menos de contraprestación económica. Más difícil es, sin duda, el supuesto de trasplante a costa de un ser humano en estado de muerte clínica o, lo que es todavía mucho más problemático, en estado de muerte aparente. Naturalmente que el trasplante puede ser plenamente lícito, máxime si existe consentimiento previo del donante, cuando la vida ha cesado. Pero precisamente la gran dificultad estriba en saber cuándo desaparece totalmente la vida humana. Hoy por hoy, es imposible establecer una regla general y universalmente vinculante"[99].

En un artículo dedicado expresamente al tema, Sancho Izquierdo, dentro de la brevedad, toca los puntos más importantes. Sin prejuicio de referirnos más adelante a sus opiniones sobre cada uno de dichos puntos, bastará por ahora hacer notar que dicho autor mantiene la licitud moral de los trasplantes de muerto a vivo y, parcialmente, entre vivos. En este segundo caso, admite el trasplante de órganos dobles, basado –en último término– en la opinión de su maestro Mendizábal y en la más reciente de Ziegler. El fundamento sería la posesión común de la naturaleza humana, que hace a cada hombre un *alter ego* del otro (principio de solidaridad en definitiva). Esta sería la base del derecho a ceder voluntariamente uno de los órganos pares, aunque sin suponer el derecho de los demás o de la sociedad a imponer tal mutilación[100].

---

99. Ob. cit., pág. 516.

100. *Meditaciones sobre el trasplante de órganos*, cit., pág. 4.

2. *La opinión de los moralistas sobre los trasplantes humanos entre vivos*

En la cuestión de los trasplantes los moralistas, en general, han distinguido y precisado más que los tratadistas de Derecho natural. Puede decirse que existe una sustancial concordancia entre todos los autores acerca de la licitud de: a) los trasplantes de muerto a vivo; b) del autotrasplante; c) del trasplante de animales a hombres, etc., contando, desde luego con una serie de matices (v. gr. la ilicitud del trasplante de órganos de la reproducción de animales a hombres) y teniendo en cuenta las circunstancias y una serie de requisitos. Para no hacer innecesariamente larga esta exposición nos referiremos sólo al punto que presenta aspectos más controvertidos: el de los trasplantes de órganos de vivo a vivo. También aquí hay unanimidad en afirmar la ilicitud del trasplante de órganos únicos, por lo que la disparidad de criterios se centra en el trasplante de órganos dobles, tema en el que vamos a centrar nuestra atención. ¿Son lícitos los trasplantes de órganos dobles, riñón, por ejemplo, de un hombre vivo a otro hombre vivo?

Salvo en el caso de Sancho Izquierdo, los tratadistas de Derecho natural no proporcionan, como hemos visto, muchos elementos de juicio por la generalidad con que suelen tratar el tema. En cuanto a la opinión social parece ser generalmente favorable o, por lo menos, no condenatoria de tales trasplantes. Sin embargo, cuando acudimos a los tratados de Moral nos encontramos con que la mayoría de los autores se inclinan por entender que dichos trasplantes son ilícitos por contrarios a la Moral y, en consecuencia, ilícitos según el Derecho natural. Por vía de ejemplo, podemos citar a Aertnys-

Damen[101], Lanza-Palazzini[102], Zalba[103], Royo Marín[104], Peinador[105], Iorio[106], Mausbach-Ermecke[107], etc. Lo mismo encontramos en trabajos específicos sobre el tema[108]. La razón alegada es que los trasplantes no son incluibles dentro de ninguno de los apartados antes indicados como justificativos de la mutilación: el voluntario indirecto y el principio de totalidad (no se refieren a la *moderata castigatio* por ser evidente que nada tiene que ver con los trasplantes). Generalmente se hace la salvedad de la transfusión de sangre y de los injertos de piel –en moderadas cantidades– los cuales, no se entienden mutilaciones, o sea da como razón la levedad de la lesión y la regenerabilidad de la sangre y de los tejidos.

La razón fundamental alegada es, sobre todo, la inaplicabilidad del principio de totalidad. Razón negativa, basada en otra positiva: los organos del cuerpo humano tienen por finalidad el bien de ese cuerpo –no el ajeno–, por lo que el hombre no puede disponer de ellos, pues *non est dominus membrorum suorum*.

Resumida la argumentación tal como lo que acabamos de hacer, por obvias necesidades de exposición, puede parecer menos fuerte de lo que se deduce de la lectura directa de los autores, pero el lector conocedor del

---

101. Ob. cit., pág. 352.

102. Ob. cit., págs. 176 s.

103. Ob. cit., págs. 66 ss. Este autor entiende que las razones en favor de la ilicitud de tales trasplantes son *más probables* que las contrarias.

104. *Teología moral para seglares*, 2ª ed. (Madrid 1951), pág. 348.

105. *Moral profesional* (Madrid 1962), págs. 331 ss.

106. Ob. cit., pág. 112.

107. Ob. cit., pág. 210 s.

108. V. gr. L. BENDER, *Organorum humanorum transplantatio*, en "Angelicum", XXXI (1954), págs. 139 ss.

tema o el que haya advertido el fondo de los problemas involucrados por lo dicho en páginas anteriores, se dará cuenta que no es fácil contestar a esos argumentos. Tan poco fácil, que hasta ahora ninguno de los autores que mantienen la opinión contraria –la licitud del trasplante de órganos pares entre hombres vivos– ha podido dar razones convincentes.

Hay, en efecto, una corriente de moralistas que se inclinan por esta segunda opinión. Los argumentos se han dirigido, como es natural, a intentar aplicar el caso que nos ocupa los dos principios enunciados. Y, en primer lugar, el de totalidad, entendido analógicamente.

Quien primeramente aplicó este principio fue Vermeersch –por los años treinta–, pero sin ceñirse al caso que nos ocupa, sino a los trasplantes en general y a las transfusiones de sangre. Explícitamente se refirió a casos que no suponen peligro grave para la salud, pero el planteamiento es más amplio y comprensivo: "Potesne quis proprii corporis detrimentum referre ad proportionatum corporale proximi bonum. Unitate generis humani, qua unum quodammodo sumus cum proximo, fortasse etiam explicandum est quomodo possit quis honeste proprii corporis detrimentum directe referre ad proportionatum bonum corporale proximi, ut cum quis sinit ut e propria avulsa pelle vulnus alienum curetur, vel ut e proprio transfuso sanguine renovetur alterius sanguis unde alter vivere possit. Nonne quaedam ordinatio nostrorum membrorum ad proximi corpus admitti potest?"[109]. Si bien no habla directamente del principio de totalidad –él mismo se opuso a su aplicación a la sociedad con relación a sus miembros–, su aplicación analógica es clara: la unidad del género humano y la ordenación de los miembros del cuerpo de cada uno al bien de los otros. Aunque –a la vista está– más que afir-

109. Ob. cit., págs. 223 s.

mar, Vermeersch se limita a presentarlo como un argumento posible.

Este argumento estará con posterioridad y más o menos explícitamente, en la base de la argumentación de muchos autores que defienden la licitud del trasplante de órganos pares, aunque el acento se ponga más en el amor al prójimo[110]. No es difícil ver que esta razón no es sostenible. El principio de totalidad sólo es aplicable al organismo físico –unidad o todo físico– y no a la sociedad humana; para que fuese aplicable al todo moral sería necesario que el hombre fuese una parte en sentido estricto de la comunidad humana. Esto es inaceptable por cuanto antes dijimos –el hombre es persona y, por ello, no es parte en sentido estricto de la sociedad–, y no es difícil ver su error si se advierten las consecuencias a las que lleva: el totalitarismo, la justificación de la muerte de inocentes cuando ello comportase un bien para la comunidad, la supresión de delincuentes incorregibles, etc.[111]. Por otra parte, la ordenación de los miembros del cuerpo de cada uno al bien de los otros, es también insostenible. Pensar que la Naturaleza por ejemplo, ha

110. Casi todos dependen de B. J. CUNNINGHAM, *The morality of organic transplantation* (Washington 1944).

111. "Desde luego, juzgamos inadmisible el argumento que, extendiendo lo que se refiere a la unidad psico-física del individuo a la unidad moral de la humanidad, concluye que la amputación de un miembro es permitida no solamente para el bien del propio cuerpo, sino también para el bien de la comunidad de cuya persona moral el individuo es un miembro. A ello, dice el profesor Ziegler, se opuso ya en 1928 el P. Vermeersch precisando que si es verdad que los individuos pertenecen a la comunidad como *totum*, no pertenecen a ella *totaliter*, existiendo una diferencia de carácter esencial entre la unidad física del cuerpo y la unidad moral de una comunidad humana. Aparte que, admitido esto, no estaríamos lejos de admitir la legitimidad de la amputación coercitiva de un miembro dispuesta por el Estado en beneficio de la comunidad". M. SANCHO IZQUIERDO, ob. cit., pág. 4.

dotado a un hombre de dos ojos, para que vea otro mediante su cesión, no tiene ningún fundamento. Cierto es que se trata de una aplicación *analógica* del principio de totalidad, pero precisamente falla la analogía –porque ahí radica la diferencia– en aquello que es el fundamento de ese principio: la no subsistencia en sí de la parte y su ordenación finalista al todo.

Ziegler se basa –como hemos visto– en la posesión común de la naturaleza humana, que hace a cada hombre un *alter ego* del otro, lo que haría lícito el acto caritativo –nunca deber de justicia– de donar uno de los órganos pares. Añade, además, que no se trataría de una mutilación, porque el órgano cedido no se destruye, sino que sigue vivo, funcionando en otro cuerpo humano[112]. A mi entender, tampoco estos razonamientos son válidos. La posesión común de la naturaleza humana es, en efecto, presupuesto de la socialidad humana y de la fraternidad e igualdad universales, así como del principio de solidaridad; pero no empaña el principio de perfecta individuación ni la incomunicabilidad de la persona humana como tal. En otras palabras, no funda ninguna especie de comunidad posesoria de órganos o miembros corporales, o la destinación a otros de los miembros de un cuerpo humano (lo cual, por lo demás, parece ajeno al pensamiento de Ziegler). Ser *alter ego* del otro significa una responsabilidad respecto de la vida, de la salud y de la integridad corporal de los demás, esto es, los deberes antes indicados, pero nada más. Lo cual deja el problema donde estaba, la solidaridad humana ¿autoriza el trasplante de un órgano par? Porque lo que la solidaridad no supone es esa especie de "comunidad posesoria" de miembros, ya que esto iría contra del principio de individuación humana, de la condición

---

112. *Moraltheologische ueberlegungen zur organtransplantation*, en "Scripta Theologica", I (1969), págs. 175 ss.

misma de persona, que no se salva afirmando la posibilidad de sacrificarse, sin el derecho del otro o de la sociedad a reclamar el sacrificio. Si ser *alter ego* no supone la mencionada "comunidad de miembros", no se va dónde reside la legitimación del trasplante, como no sea en el amor o caridad. Pero precisamente la afirmación "homo non est dominus membrorum suorum" –entendida en el sentido habitual– quiere decir que el hombre, ni siquiera por motivos de caridad, amor o solidaridad, puede atentar directamente contra su integridad física. Dicho de otro modo, que la ley natural no permite vivir la solidaridad humana por estos caminos. Si no se aclara el sentido del principio "homo non est dominus membrorum suorum", el amor –por sí solo– no justifica el trasplante.

En cuanto a la razón de que no hay mutilación, porque el órgano no se destruye –argumento usado también por otros autores–, tiene escasa consistencia. La mutilación no se entiende como destrucción del órgano, sino como la privación que de él sufre el sujeto; el mutilado no es el órgano, sino el hombre. A su vez, la ilicitud de la mutilación no reside en el miembro –no es ilícita porque el miembro quede dañado–, sino que reside en el sujeto, en que éste queda dañado por su privación. Ya dijimos antes que el sujeto del derecho y del deber a la integridad física, a la vida y a la salud no son los miembros, sino la persona. Por lo tanto, que el miembro no se destruya, sino que siga perviviendo y funcionando no puede ser el fundamento de la licitud de la mutilación. El donante –lícita o ilícitamente– quedará mutilado.

Para otros autores, el principio fundamental en tema de la vida y la salud sería su ordenación al amor: "La vida y la salud al servicio del amor". Mas ese principio fundamental no es admisible. La conclusión a la que lógicamente lleva es que todo acto de mutilación o de suicidio sería lícito si estuviese movido por el amor,

lo cual es falso. Ya en otra ocasión tratamos de las relaciones entre la ley natural y el amor[113] y veíamos entonces que el amor no es una realidad anónima –tampoco es la *Grundnorm* como pretenden determinadas corrientes situacionistas[114]–; junto al amor ordenado existe un amor desordenado, siendo la ley natural la regla del amor.

Un autor, que resume los distintos argumentos en favor de la tesis de la licitud de los trasplantes de órganos pares es Van Kol. Bajo la condición de que el donante quede apto para llevar una vida verdaderamente humana y que haya necesidad o al menos gran utilidad por parte del receptor, los trasplantes de órganos pares son lícitos, a su entender, por las siguientes razones: a) la opinión común (se refiere a la gente en general) muy extendida de que tales trasplantes son lícitos; b) la transfusión de sangre y algún otro "injerto" similar son ciertamente lícitos; c) no se destruye la función del órgano par que queda en el donante, si bien disminuye; y, por su parte, la mitad trasplantada no queda privada de su función natural; d) el donante, cuya integridad biológica no se lesiona gravemente, permanece apto para llevar una vida verdaderamente humana; además, si bien se pierde en integridad física (se es "menos hombre" en sentido físico) por amor al prójimo, se gana en perfección personal, esto es, se es más plenamente hombre en sentido moral[115].

Este conjunto de razones es bastante convincente, pero presenta puntos poco claros. Cierto es que la opi-

---

113. *Reflexiones en torno al matrimonio a la luz del Derecho Natural*, en "Persona y Derecho", I (1974), págs. 121 ss.

114. Cfr. J. M. MARTÍNEZ DORAL, *Situacionismo jurídico e indisolubilidad del matrimonio*, en "Persona y Derecho", I (1974), págs. 213 ss.

115. Ob. cit., págs. 687 s.

nión común de la gente es bastante proclive a admitir la licitud de los trasplantes de órganos pares, pero generalmente se refiere a unos determinados trasplantes (riñón, por ejemplo), y es mucho más dubitativa en cuanto se comienza a poner distintos ejemplos (pulmón, brazo, pierna, etc.) como hemos constatado personalmente; por otra parte, tratándose, no de principios primarios de Derecho natural, sino de conclusiones bastante alejadas de estos principios, la opinión común suele tener poco valor[116]. A ello hay que añadir los muchos moralistas que, o están en contra, o por lo menos dudan, la actitud del Magisterio pontificio no queriendo pronunciarse por el tema, etc. Tampoco nos convence la remisión a la transfusión de sangre, por cuanto ésta no constituye mutilación; no sabemos a que *alia "transplantatio" similis* se refiera el autor, como no sea la de piel, caso éste que, como veremos, tampoco es mutilación propiamente dicha. Que los órganos sigan cumpliendo su función no parece razón válida, por cuanto dijimos; ni siquiera es cierto que la parte del órgano par no trasplantada disminuya su función, pues hay casos en que aumenta, hasta casi duplicarse, como ocurre con el riñón. Sólo las dos últimas razones son, a nuestro entender, aceptables, aunque la formulación no sea muy adecuada: una cosa es la perfección que el hombre consigue a través del cumplimiento de actos arduos y de elevada solidaridad y otra cosa es comparar la perfección física con la perfección moral. Ciertamente es más honroso y perfecto ser mutilado en defensa de la patria –por ejemplo–, que permanecer íntegro corporalmente siendo un cobarde. Pero la razón última de la licitud no está en que si se es "menos hombre" en sentido físico, se es más plenamente hombre en sentido

116. Es opinión común de los tratadistas que estas conclusiones sólo suelen estar al alcance de los peritos en Derecho natural y en Moral.

moral, sino en el cumplimento de acciones de acuerdo con la ley natural. Y es esto –la adecuación a la ley natural–, lo que hay que demostrar.

Los flancos que presentan las argumentaciones hasta ahora expuestas, han llevado a algunos moralistas a intentar otro camino: la aplicación del voluntario indirecto a estos casos. Los trasplantes serían incluibles dentro del voluntario indirecto y, en consecuencia, serían lícitos[117]. Es, hasta ahora, el intento que salva más el escollo principal que presenta la cuestión. Sin embargo, en nuestra opinión tampoco acaba de resolverla, ya que las reglas del voluntario indirecto no se cumplen en este caso: a) el efecto mutilador es anterior el beneficioso; b) el efecto pernicioso no es sólo permitido, sino directamente querido. Ya decíamos antes que no es lo mismo el *voluntarium* que el *volitum*; la mutilación es un acto *non volitum*, pero sí *voluntarium*. Todo lo más cabría hablar de un voluntario mixto, el cual, aunque disminuye la responsabilidad, no la quita; c) el efecto bueno (curación) se consigue a través del malo (la mutilación).

3. *El problema de fondo de la licitud de los trasplantes de vivo a vivo*

Al poner de relieve las dificultades que presentan los argumentos aducidos por los autores para justificar los trasplantes entre vivos, hemos distinguido implícitamente dos grupos: aquellos que no son válidos (como es el caso de la aplicación del principio de totalidad o colocar el amor como principio fundamental de la moralidad de los actos) y aquellos otros insuficientes, esto es,

---

117. Expone este principio y las dificultades que presenta en el caso de los trasplantes, J. TODOLÍ, ob. cit., págs. 17 s.

que pueden ser válidos si se resuelve la cuestión de fondo, aunque por ellos mismos no den razón suficiente.

¿Cuál es ese problema de fondo? Sencillamente si es o no intrínseca o esencialmente inmoral la mutilación. El recurso al principio del voluntario indirecto lo pone de relieve. ¿Qué necesidad hay de recurrir al voluntario indirecto? Cuando este principio se aplica, por tratarse de acciones de doble efecto, no se habla de *bueno* o *malo* en sentido físico, sino *moral*. Si el trasplante de vivo a vivo no es intrínsecamente inmoral –contrario de suyo a la ley natural– entonces no hace falta recurrir al voluntario indirecto, sino a la regla general de que la licitud moral de los actos se determina por su objeto, fin y circunstancias.

Pues bien, el fondo del problema es que los atentados directos a la propia integridad física son considerados como intrínsecamente inmorales cuando se realizan *propter alios*. Por eso, sólo el voluntario indirecto justifica exponerse a la mutilación por razones del bien de los demás. En cambio, no se considera intrínsecamente inmoral la mutilación *propter seipsum*, y por ello cabe la mutilación directa cuando hay razones suficientes –objeto, fin y circunstancias–, que se resumen en el bien del todo.

Claro que la admisión de este segundo caso, hace quebrar el principio, pues una acción intrínsecamente mala es ilícita siempre. Si *propter seipsum* la mutilación directa no es intrínsecamente mala, ya no lo es de suyo[118]. Otra cosa es que la mutilación *propter alios* sea

118. Este es el trasfondo que aparece en las siguientes palabras de Todolí, al defender la licitud de los trasplantes de órganos pares entre vivos: "La primera fase (excisión) no es en sí intrínseca o esencialmente mala. De ser así jamás sería justificable, como ocurre con la blasfemia, con la muerte directa y a sabiendas de un inocente, etc. En cambio hemos visto que la ablación de un órgano por salvar

inmoral, por las razones que sean, fundamentalmente porque la facultad de disposición del hombre sobre sus miembros no alcance al supuesto contemplado.

Ya hemos dicho antes cómo a nuestro entender hay que interpretar la tesis "homo non est dominus membrorum suorum". La relación de criatura a Creador, de ser no subsistente por sí mismo a la Causa primera, supone la dependencia moral del hombre respecto de Dios, que se refleja en la ley natural y en su seguimiento. Por lo tanto, se trata de cuestiones de ley natural, lo que es tanto como hablar de cumplimiento de los fines a los que el hombre está destinado.

Esto supuesto, el problema fundamental reside en ver si la donación de un órgano está dentro de los fines racionales del hombre. La respuesta de principio –y este es el escollo– parece negativa, como ya hemos ido viendo antes. Los órganos del cuerpo tienen por finalidad la salud, conservación y funciones de ese cuerpo; no existen *propter alios*. En sí mismos existen en función del ser de la persona y ésta no tiene el ser *propter alios*. Lo cual nos lleva ya a una conclusión inmediata: no existe ningún deber de justicia de ofrecer un órgano. La donación de un órgano –de ser lícita– es siempre un acto de liberalidad, nunca de justicia.

Se trata de ver si el aludido escollo es absoluto o no. A nuestro entender no lo es. Ya hemos dicho antes que las partes existen en función del todo y que el ser del hombre es ser-para-unos-fines. Es cierto que el hombre, en virtud del principio de finalidad, debe respetar –es obligación de ley natural– la función propia de sus

---

la vida y todo el organismo es lícita y, a veces, obligatoria. Si, pues, existiera una razón suficiente que justificase la donación de ese órgano, esa ablación, excisión, ya no sería moralmente mala. Sería dolorosa, lamentable, pero no sería moralmente mala". Ob. cit., pág. 18.

miembros y, en este sentido, la automutilación directa es contraria a la ley natural. Pero ello no es así porque el hombre sea esclavo de sus miembros, sino porque ese uso de los miembros según su finalidad es medio para alcanzar los fines personales. El uso *secundum naturam membri* es ley natural en cuanto que ese uso es *secundum naturam hominis*. Pero un uso que fuese *secundum naturam hominis* y, a la vez, *praeter naturam membri* no sería inmoral. Nos indicaría, eso sí, algo muy importante, a saber, que tal uso *praeter naturam membri* no es un uso que, de suyo, nazca primigeniamente de la naturaleza humana, sino de circunstancias históricas, que deben considerarse provisionales y transitorias. Algo por lo tanto, que el hombre debe superar mediante el progreso científico o social.

El trasplante –operación quirúrgica terapéutica– es, sin duda, un acto de disposición del miembro *praeter naturam suam*, pero ¿es *contra naturam hominis* del donante? Supuesta la solución del problema de fondo –la no malicia intrínseca de la ablación de un miembro–, entiendo que el sacrificio de un órgano en favor de otro puede ser lícito (puede ser una acción honesta), si se dan ciertos requisitos, esto es, si es honesto por razón del fin y de las circunstancias. Aquí es donde entran el amor y la solidaridad como fin honesto para justificar el trasplante; de acuerdo con lo que hemos visto en varios autores, el amor al prójimo y la solidaridad humana justifican la donación. Supuesta esta finalidad, hay que añadir, a mi entender, un requisito fundamental, a saber, que el donante no quede gravemente perjudicado; es necesario que, o por el aumento de funcionalidad de la parte no trasplantada –si se trata de órganos– o por la regenerabilidad del tejido o por el aumento de funcionalidad de partes paralelas (caso de ciertas venas), etc., no se produzca lesión grave en la salud del donante. Si este requisito no se da, el trasplante no es lícito. Por ejemplo, el trasplante de un pulmón no puede considerarse lícito,

porque afecta gravemente a la salud del donante; en cambio el trasplante de uno de los riñones ofrece muchas menos dificultades, pues el que queda aumenta notablemente su funcionalidad en medida casi equivalente a la de los dos riñones, de modo que una persona con un solo riñón puede llevar una vida prácticamente normal, aunque deba tomar ciertas cautelas.

En resumen, para que el trasplante de órganos entre vivos sea lícito es necesario, como ya hemos visto al exponer la doctrina de los autores: a) que no haya simple traslado de daño; no es lícito restablecer la integridad corporal de una persona, a base de que quede mutilada otra; así, por ejemplo, no sería lícito trasplantar un riñón de una persona a otra, para que esta última pudiera gozar de dos riñones; b) que el donante pueda llevar una vida prácticamente normal, aunque precise de algunas cautelas; c) que sea necesario para la salud del receptor o por lo menos de suma utilidad para su desenvolvimiento; en otras palabras, que haya proporcionalidad entre el daño causado al donante y el bien del receptor; d) que sea imposible acudir a otros medios; e) que no sea un acto de venta, sino de solidaridad, aunque no excluya, en determinados casos, una cierta compensación por daños.

Digamos finalmente –por lo que a los órganos respecta– que si estos trasplantes son lícitos, no quiere decir que sean deseables ni técnicas terapéuticas que no deban revisarse. De acuerdo con lo antes indicado, puede decirse que la propia ley natural, aunque los permita, exige que se mejoren cada vez más otros procedimientos, entre ellos los trasplantes de muerto a vivo.

Advertíamos antes que podía subdistinguirse entre órganos y miembros del cuerpo. Y aquí esta subdivisión tiene aplicabilidad. Cuanto hemos dicho acerca de los órganos no es aplicable a los miembros (brazos, piernas, manos, pies). Existe, en primer lugar, una desproporción entre el daño causado en el donante y el bien que recibe

el receptor. En segundo lugar, afectan más fuertemente al desarrollo de las actividades normales de la persona. Por último, existe una diferencia notable en cuanto a su calificativo de órgano par. Mientras el órgano doble o par forma una unidad funcional completa, en los miembros *pares* hay complementariedad, pero no unidad funcional perfecta; en realidad no forman un miembro doble o par, sino dos miembros distintos de funcionalidad complementaria. El trasplante de miembros pares no es lícito.

En cuanto a los tejidos, hay que distinguir entre los regenerables (piel, por ejemplo) y los no regenerables. En el primer caso, al igual que con la sangre, no suele haber mutilación propiamente dicha para el donante –tal es el caso de trasplante de piel–, sino un supuesto especial de *moderata castigatio corporis*, lícita por consiguiente con los debidos requisitos. Los no regenerables han de ser tratados igual que los trasplantes de órganos.

4. *Algunas cuestiones especiales*

Cuanto hemos dicho sobre los órganos pares es inaplicable a los órganos de la reproducción masculinos (testículos), al menos en buena parte. a) No es lícito el trasplante para adquirir la potencia de generar. En efecto, como antes decíamos, el órgano trasplantado conserva los caracteres genotípicos del donante, sin adquirir los del receptor. Esto supone que los espermatozoides producidos por el testículo trasplantado, tienen y transmiten los caracteres genotípicos (hereditarios) del donante y no los del receptor, a la vez que, según advertíamos, es un órgano-huésped respecto del receptor. El hijo engendrado en tales condiciones no es biológicamente hijo del receptor sino del donante. Se trata, en realidad, de una inseminación artificial a modo de inseminación natural.

En tales circunstancias no se puede hacer uso del matrimonio y si el receptor era, no estéril sino impotente por falta de semen testicular, sigue siendo impotente, puesto que el acto realizado no es propiamente natural. En caso de que el testículo trasplantado no produjese espermatozoides vivos o no los produjese en absoluto, tampoco hace recobrar la potencia *copulandi* –en sentido jurídico[119]– dado que de ninguna forma la copulación –en el caso del trasplante ahora estudiado– puede considerarse como acto natural ordenado *per se ad prolis generationem,* no siendo posible considerar el testículo trasplantado como órgano ordenado a la generación por parte del receptor. b) No es lícito tampoco como técnica de rejuvenecimiento. Las razones, vistos los requisitos antes señalados, son suficientemente claras. c) Puede ser lícito, si se limita a ser un método para restablecer equilibrios hormonales; puede serlo, pero difícilmente lo será, ya que raramente habrá proporción entre el daño producido al donante y los beneficios que recibe el receptor.

5. *Conclusiones acerca de los trasplantes de vivo a vivo*

Las anteriores consideraciones ponen de relieve que no es posible dar una regla general para todos los trasplantes de vivo a vivo. Cada caso presenta peculiaridades propias que deben resolverse aplicando los principios

---

119. Sobre la cópula perfecta y la potencia sexual según el Derecho natural, puede verse J. HERVADA, *La impotencia del varón en el Derecho matrimonial canónico* (Pamplona 1959). Para explicar más lo dicho en el texto recordemos someramente que la *potentia copulandi* –no en sentido médico, sino jurídico– no requiere que el semen contenga espermatozoides.

señalados. Estos principios conducen a una serie de conclusiones que son válidas para los casos conocidos de trasplantes. Pero el descubrimiento de nuevas técnicas pueden hacer surgir nuevos problemas, que habrá que resolver mediante la correcta aplicación de los principios a esos casos.

6. *Los trasplantes de muerto a vivo*

Los trasplantes de muerto a vivo no plantean de suyo problemas de licitud. Una vez fallecida la persona, las partes corporales pierden su ordenación al bien de la persona y, en consecuencia, son utilizables para trasplantes. Lo mismo cabe decir de aquellas partes o tejidos corporales que han sido extirpados de un hombre vivo, como resultado de una operación quirúrgica para su propia curación. Aunque este caso no es frecuente, pues lo extirpado suele estar enfermo, en algunos casos no es así: recientemente, por ejemplo, de los meniscos extirpados a deportistas lesionados, se han comenzado a construir piezas óseas utilizables para trasplantes en el oído medio.

Sin embargo, este principio debe ser convenientemente matizado. No se puede situar el cadáver humano en el mismo plano que el del animal o en el de una simple cosa. El cadáver humano merece muy distinta consideración. El cuerpo muerto ha sido parte constitutiva esencial de una persona humana y algo de tal dignidad queda en él. Es, pues, necesario respetar las exigencias de la moral natural, que prohíbe considerar y tratar el cadáver de un hombre como simple cosa.

Respetando este punto, no cabe duda de que es lícito usar del cadáver humano para fines honestos, como la enseñanza de la medicina o los trasplantes. El cadáver ya

no es, en el sentido propio de la palabra, un sujeto de derechos. La extirpación de un órgano no constituye en él privación de un bien. Los órganos –su presencia y su integridad– no poseen en el cadáver el carácter de bienes porque ya no le sirven ni hacen relación a ningún fin.

Esto no significa, enlazando con lo antes dicho, que en relación al cadáver no haya obligaciones morales y de Derecho natural. Resumiendo podemos afirmar:

1º. Es lícito y laudable ceder en vida el propio cadáver para experiencias médicas o para trasplantes. La misma facultad gozan las personas a quienes corresponde el cuidado del cadáver.

2º. La ablación de órganos para trasplantes, aun perfectamente lícita en sí, puede resultar ilícita si lesiona los derechos y los sentimientos de aquéllos a quienes corresponde el cuidado del cadáver.

3º. En general, no debería estar permitido a los médicos llevar a cabo ablaciones sobre el cadáver sin un acuerdo con los que son depositarios del mismo, o contra la oposición formulada con anterioridad por el interesado.

4º Tampoco sería justo que los cuerpos de pacientes pobres, en las clínicas públicas y en los hospitales, fuesen destinados de oficio al servicio de la medicina y de la cirugía y no lo fueran los de pacientes acomodados. El dinero y la posición social no deberían intervenir cuando están en juego sentimientos humanos tan delicados.

5º. No es rechazable por principio cualquier compensación económica. Es cierto que pueden tener lugar graves abusos si se exige una retribución; pero sería exagerado juzgar ilícito por Derecho natural cualquier retribución o exigencia de la misma. El caso es análogo al de la transfusión de sangre: es un mérito del donante rechazar una compensación, pero aceptarla no es nece-

sariamente un acto ilícito.

Por otra parte, es preciso educar al público y explicarle con respeto e inteligencia que consentir expresa o tácitamente en intervenciones contra la integridad del cadáver, en interés de los que sufren, no ofende la piedad debida al difunto, cuando se tienen para ello razones poderosas. Especialmente, debe advertirse lo absurdo que significa tener que recurrir al trasplante entre vivos, cuando éstos podrían erradicarse –aunque por ahora no sea posible en todos los casos– mediante trasplantes de muerto a vivo.

En general estas mismas consideraciones morales y humanas deben ser respetadas por los poderes públicos y por las leyes que se refieren a las intervenciones sobre cadáveres. Mas es función del Estado poner los medios adecuados para educar la mentalidad del público en este tema, y disponer del cadáver en casos extremos y cuando no haya explícita voluntad del difunto, manifestada en vida, o de allegados conocidos.

Una de las cuestiones más cruciales que algunos de los trasplantes de muerto a vivo plantean es el de la determinación del momento de la muerte, porque el órgano a trasplantar debe estar "vivo", es decir, sin síntomas de necrosis y capaz de seguir funcionando. En algunos de estos órganos se trata de cuestión de minutos y por ello cabe el riesgo de una precipitación, que sería gravemente contraria al Derecho natural, pues la ablación del órgano en el donante podría transformarse en la causa de su muerte. Este es el conocido y –discutido– caso de los trasplantes de corazón.

El cuadro de las distintas situaciones en que puede encontrarse el donante ha sido certeramente expuesto por Todolí[120]: desahuciado, clínicamente muerto, artifi-

---

120. Ob. cit., págs. 21 ss. Sigue también a este autor, M.

cialmente vivo, reanimable.

a) La primera hipótesis no ofrece dificultades. No es desde luego lícito proceder al trasplante en un donante *desahuciado*, porque está vivo y se trataría de un homicidio directo.

b) Por clínicamente muerto puede entenderse la persona desahuciada; se trata de una cuestión de lenguaje. Pero puede entenderse también aquel paciente que, aplicados todos los medios clínicos con que se cuenta para detectar la presencia de la muerte, se tiene la certeza de que el individuo está muerto, aunque no presente síntomas de necrosis e incluso ciertos órganos –y particularmente el que se trata de trasplantar– sigan vegetativamente vivos, supuesto que suele darse de modo especial en los accidentados[121]. Teóricamente la cuestión no ofrece dudas. Si se puede establecer con certeza el *instante* de la muerte -que es lo que interesa en estos casos, en los que el plazo con que se cuenta es de escasos minutos–, puede procederse al trasplante, pese al resto de vida vegetativa que acaso quede en el cadáver. En la práctica, la cuestión es completamente distinta. Aunque algunos médicos se inclinan por ciertos criterios como signos de la muerte, frecuentemente el colapso cerebral –la llamada "muerte cerebral–, o por la conjunción de varios de ellos –paradas cardíaca y cerebral–, el hecho cierto es que ninguno de estos criterios produce actualmente certeza moral acerca de la muerte[122], pues

SANCHO IZQUIERDO, ob. cit., págs. 5 s.

121. Por lo menos en animales los movimientos vegetativos pueden seguir después de la muerte violenta, debido a estímulos nerviosos. En algunos casos tales movimientos pueden llegar a movimientos locomotores como saltos, según es experiencia conocida en ranas, aves, etc. Tales movimientos vegetativos suelen durar pocos minutos, aunque en ensayos de laboratorio se han conseguido con algunas especies tiempos más prolongados.

122. Uso de intento la expresión certeza moral, pues este tipo de

pacientes en estas condiciones han vuelto a reanimarse. En la situación actual, no es lícito proceder al trasplante del "clínicamente muerto" pues no hay certeza moral de la muerte y, por consiguiente, la conducta del cirujano sería contraria al Derecho natural. El riesgo de homicidio directo es demasiado inmediato.

c) El supuesto del hombre *artificialmente* vivo lo expone el autor citado con estas palabras: "Puede darse el caso –y yo creo que aquí está el problema como realmente se da–, de que un individuo se encuentra en un proceso evidente de defunción cuyo final puede señalarse en un tiempo fijo, diez minutos, por ejemplo. Aplicándole el corazón-pulmón artificial puede lograrse que su vida –mecánicamente– se prologue otros diez. Estos diez minutos de vida prolongada es artificial y mecánica. Haciendo uso de la terminología aristotélica... diríamos que no hay *motus ab intrinseco* y, por consiguiente, vida, sino un movimiento producido desde el exterior de una forma mecánica". En este caso, nos parece que hay que distinguir dos supuestos distintos. Uno de ellos consiste en la falta de capacidad del cuerpo para producir por sí el movimiento de órganos vitales, capacidad sustituida por medios mecánicos, los cuales, aunque el paciente se halle en proceso de defunción, prolongan realmente la vida. Esta vida es verdadera vida (no vida artificial) y no falta el *motus ab intrinseco* aristotélico, que puede manifestarse incluso en la persistencia de la conciencia. Los medios mecánicos se limitan a mantener en movimiento unos órganos que aportan factores energéticos y vitales –oxígeno, sangre– al resto del cuerpo, que sigue con el *motus ab intrinseco*. En esta segunda fase de la hipótesis

certeza –esto es, aquella que excluye toda prudente duda– es la que rige la conducta del hombre conforme al Derecho natural en los casos graves. No es necesario que exista, a nuestro parecer, la llamada "certeza física" de la muerte.

planteada el paciente no ha muerto. Si durante ella se procediese al trasplante, habría homicidio. Distinta sería la solución si tales medios, careciendo ya de utilidad para el paciente, se utilizasen exclusivamente a efectos de mantenerle vivo para posibilitar el trasplante, esto es, mientras se le traslada a la sala de operaciones; en tal caso, se trataría de un medio extraordinario en relación al paciente, cuyo uso podría suspenderse en el momento oportuno, pero debiendo esperar, antes de intervenir, a que la muerte se produjese, una vez suspendido el uso del medio extraordinario. El problema reside en lo que antes dijimos acerca del conocimiento del instante de la muerte, por lo que tal modo de proceder no puede, hoy por hoy, consentirse. El segundo supuesto consiste en que, habiendo muerto realmente el paciente, mediante tales aparatos se mantenga el resto de vida vegetativa posible en el cadáver. Si tal hipótesis puede darse, el procedimiento es lícito sin género de dudas. Lo problemático es que este supuesto exista.

d) La cuarta hipótesis se refiere a la persona que, presentando un síndrome de defunción, es reanimable sólo por un breve espacio de tiempo. Se trata de ver si, pudiendo procederse de modo óptimo al trasplante cuando se presenta dicho cuadro y supuesto que se espera el tiempo suficiente para que el paciente esté muerto realmente, hay obligación de aplicar en el momento oportuno las técnicas de reanimación (las cuales harían posteriormente imposible o más fácilmente rechazable el trasplante), o bien -con vistas al trasplante- es lícito no aplicarlas. Digamos ante todo que, en tanto es reanimable, el paciente no está totalmente muerto; de lo contrario, no habría reanimación, sino resurrección (lo que no está al alcance de los médicos). Y en este caso, todo está en función de la utilidad del posible donante. Si la reanimación, aun por breve tiempo, sirve para que recobre el conocimiento y arregle asuntos pendientes -temporales, afectivos o de conciencia- priva el interés

del moribundo. Si no es así, si la reanimación por breve tiempo –hipótesis en la que nos movemos– carece de utilidad para él, la reanimación no es obligatoria por innecesaria (no porque prive la utilidad del receptor).

7. *Consideraciones finales*

Confiamos en que, a lo largo de esta exposición sobre los trasplantes una cosa haya quedado clara: que no todos pueden ser objeto de una misma solución práctica. Cada uno de ellos presenta características peculiares, algunas de las cuales son modificables con el progreso de la ciencia. La principal de ellas es su riesgo para el receptor, que puede ser grande en los trasplantes que apenas han pasado la frontera de la experimentación. También por este lado no cabe una solución única: un trasplante realizado en centros muy especializados puede presentar unas garantías de éxito que lo hacen lícito, mientras que sería una imprudencia o una aventura irresponsable hacerlo en otros de menor preparación e instrumental técnico.

NOTAS SOBRE LA NOCIÓN DE DERECHO NATURAL EN GRACIANO



Publicado en "Filosofía y Derecho" (Estudios en honor del Profesor José Corts Grau), Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1977.

1. INTRODUCCIÓN

Al exponer la historia de la noción de Derecho natural es frecuente señalar, como uno de los antecedentes inmediatos de la gran síntesis tomista, la obra de Graciano, sin duda por ser la primera gran pieza del *Corpus Iuris Canonici* que, con el *Corpus Iuris Civilis*, constituyen las dos grandes colecciones que configuran el Derecho medieval. Pero también influyen no poco las referencias que hace Graciano al Derecho natural, no exentas de dificultades. Bastantes y muy buenos estudios existen al respecto y, en todo caso, el tema se encuentra tratado en casi todas las historias generales de Derecho Natural o de Filosofía del Derecho, aunque las interpretaciones no sean siempre concordes[1]. Dado este hecho, no es nuestra intención realizar aquí un estudio completo de la definición gracianea, lo que supondría incidir de nuevo en cuestiones ya tratadas y en opiniones conocidas. Más bien, desearíamos limitarnos a algunas observaciones marginales que acaso puedan servir –por lo

1. A simple título de ejemplo, pueden verse: O. LOTTIN, "Le droit naturel chez saint Thomas et ses prédécesseurs", en *Ephemerides Theologicae Lovanienses*, I (1924), págs. 369 y ss.; D. COMPOSTA, "Il diritto naturale in Graziano", en *Studia Gratiana*, II (1954), págs. 151 ss.; M. GRABMANN, "Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis auf Thomas von Aquin", in *Archiv für Rechts und Wirschafsphilosophie*, XVI (1922), págs. 7 ss.; M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2ª ed. (Paris, 1962), págs. 189 ss.

menos ese sería nuestro deseo– para aclarar las aludidas cuestiones y matizar las mencionadas opiniones con el fin de contribuir, aunque sea en pequeña medida, a conocer mejor un jalón –por modesto que sea– de la historia de la noción del Derecho natural.

No nos parece inútil este intento; hay, en efecto, algunos aspectos de Graciano y de su obra que dan a veces la impresión de quedar como en penumbra en los trabajos que a este autor se refieren –menos, como es lógico, cuando se trata de historiadores del Derecho Canónico, los cuales por otra parte, no son quienes principalmente han estudiado la noción gracianea del Derecho natural[2]–, y que son importantes para conocer el pensamiento del monje camaldulense. Nos referimos a determinados factores del contexto en que Graciano se movió, la finalidad de la obra que compuso y su carácter peculiar, etc. que, a nuestro parecer, arrojan luz para comprender el pensamiento de Graciano.

Representa nuestro autor una figura clave en la historia del Derecho Canónico. Es el padre de la ciencia canónica y, por ello, es a la vez una figura puente entre los autores anteriores –en los cuales el Derecho canónico aparece mezclado con otras ciencias, si de pensadores se trata, o con documentos eclesiásticos de muy diversa índole en el caso de las colecciones– y los autores posteriores, que son ya propiamente canonistas; en otras palabras, Graciano –como lo hiciera Irnerio respecto al *ius civile*– consigue dar una configuración propia a la ciencia canónica, distinguiéndola de otras ciencias. Pero, por las propias circunstancias en que realizó su tarea, Graciano

---

2. Entre éstos, vide CH. LEFEBVRE en *Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident*, dir. por G. LE BRAS, VII, *L'Age Classique (1140-1378). Sources et théorie du droit* (Paris, 1965), págs. 367 ss. Del mismo autor, voz "Droit naturel", en *Dictionnaire de droit canonique*, VI, cols. 972 ss.

tuvo que cumplir una doble función, la de recopilar y la científica, lo que, dado el estado de la ciencia jurídica de su época, condicionó su tarea científica y la redujo a un estadio muy elemental. En realidad, su tarea científica no pudo consistir en aquello que era el incipiente método jurídico de su tiempo, la glosa al *textus*; más bien, usando del método dialéctico de sus predecesores, su quehacer se limitó a intentar concordar las *auctoritates* o textos recopilados. Sin embargo, y pese a esa elementalidad del método, Graciano dejó en una serie de cuestiones –piénsese, por ejemplo, en el momento formativo del vínculo conyugal– un rastro de principal importancia.

Figura clave en el medioevo, a él debe la ciencia canónica su nacimiento, como en Pedro Lombardo lo tuvo la Teología científica o en Pedro Comestor la Historia eclesiástica en cuanto ciencias incipientemente formadas. La leyenda –sin la menor base histórica– de que los tres fueron hijos de una misma madre, revela la conciencia que de este hecho tuvieron los autores posteriores. Desde el punto de vista del Derecho, Graciano –aunque con características diferenciales– representa, ya lo hemos dicho, en el *ius canonicum*, lo que Irnerio –dejando de lado el poco conocido precedente del "quidam dominus Pepo"[3]– respecto del *ius civile*. Ana-

---

3. Se trata de una tradición transmitida por el jurisconsulto del siglo XIII, Odofredo: "quidam dominus Pepo [José] coepit auctoritate sua legere in legibus; tamen quidquid fuerit de scientia sua nullius nominis fuit. Sed dominus Yrnerius, dum doceret in artibus in civitate ista [Bolonia] cum fuerunt deportati libri legales, coepit per se studere in libris nostris, et studendo coepit docere in legibus, et ipse fuit maximi nominis et fuit primus illuminator scientiae nostrae; et quia primus fuit qui fecit glossas in libris vestris, vocamus eum lucerna iuris". Parece ser que Pepo fue más conocido de lo que se deduce de las palabras de Odofredo, pues en un documento de 1076 se alude a él como "claro Bononiensium lumine". Cfr. F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I (Milano, 1954), págs. 504 y 506.

licemos más detenidamente el significado de la obra de Graciano.

2. EL SIGNIFICADO DE LA OBRA DE GRACIANO

La figura de Graciano aparece en un momento histórico especialmente importante de la Europa medieval y de la Iglesia. En lo que a ésta se refiere –y ello influye decisivamente en toda la sociedad, dado que estamos en plena vigencia de la *respublica christiana*– comienzan a recogerse los frutos de la reforma gregoriana, que inaugura una época de esplendor de la vida eclesiástica y de la influencia del Papado. Como ha puesto de relieve Calasso, aplacadas las iras partidistas y con la visión serena del gran camino que luchas de siglos habían terminado por abrir a la cristiandad pacificada, se tiene la percepción neta de los nuevos tiempos que se inician y de las nuevas exigencias espirituales y prácticas, a las cuales el mundo del Derecho no podía permanecer sordo[4].

Ya desde la conversión de los pueblos germánicos que invadieron el Imperio romano, pero sobre todo con la *renovatio Imperii* por Carlomagno, la Cristiandad medieval se rige por la dualidad constituida por la *lex canonica* y la *lex mundana* o *lex saecularis*. Aunque ambas procedan de potestades diversas[5] y permanezcan distin-

---

4. Ob. cit., pág. 393. "... renaissance du commerce international et des villes, renouveau de la culture et recherche des méthodes, la vie matérielle et la vie spirituelle exigeait un élargissement des cadres politiques et sociaux, particulièrement du droit". G. LE BRAS, en *Histoire du Droit et des Institutions...*, VII, cit., pág. 31.

5. Si aludimos sólo a la potestad y no al *usus populi*, no es porque olvidemos el importante papel del Derecho consuetudinario;

tas, no formaban, como es sabido, dos compartimentos estancos. La *lex canonica,* si prevalentemente designaba el orden jurídico eclesiástico, tenía también un sentido amplio que abarcaba la *lex evangelica* o *lex divina,* que lógicamente se entendía que debía observarse en un mundo secular cristiano. No había, en efecto, una clara separación, en lo que genéricamente recibía el nombre de *lex canonica* o *lex divina* entre lo estrictamente jurídico y moral y, en consecuencia, tampoco entre lo que era estrictamente intraeclesial y las normas de lo que hoy llamaríamos Ética social. Los modos a través de los cuales se produjo una cierta confluencia entre ambas leyes –la *lex divina* o *canonica* y la *lex mundana* o *saecularis*– fueron varios y no es el momento ahora de entrar en su descripción. Aludamos únicamente a ellos: la intervención del Papa por actos jurisdiccionales *ratione peccati,* la *aequitas et iustitia populi christiani,* que dio origen al *iudicium aequitatis,* la invocación a la *iustitia Dei,* o a la *christiana rectitudo vel sancta auctoritas,* la intervención de la *moderatio regis* mediante el consejo de hombres "qui utramque legem nossent et Dei magis quam humanarum legum statuta metuerunt", de modo que "lex saeculi merito comprimeretur, iustitia Dei conservaretur"[6]. Lo mismo ocurre con las invocaciones a la *veritas* y a la *ratio.*

Si, por una parte, muchas de estas influencias –que no representaban otra cosa que la constante labor de la Iglesia por introducir criterios cristianos en las instituciones seculares y, en concreto, en el *ius civile*–, se produjeron a través de los medios habituales con que en cualquier época cuenta la Iglesia para infundir la ley

---

simplemente no entramos en este punto.

6. Cfr. F. CALASSO, ob. cit., págs. 334 ss. Como es sabido, la *utraque lex* no se confunde con el posterior sistema del *utrumque ius,* aunque existieron evidentes conexiones.

evangélica en todo cristiano, por otro lado se introdujeron también a través de las colecciones canónicas, en muchas de las cuales se recogen textos de carácter diversísimo, desde pasajes de los Santos Padres o incluso símbolos de la fe, hasta concretas disposiciones conciliares o pontificias sobre cuestiones específicas de disciplina eclesiástica.

En el siglo XII, cuando se produjo el nacimiento de la ciencia jurídica, por obra de Irnerio especialmente[7], los legistas –los juristas del *ius civile*– cuentan ya con los *libri legales*, los textos justinianeos, valioso material legislativo en el que encontraban la *lex romana* o *lex generalis omnium* que, sin destruir los *iura propria* de cada reino, era en definitiva el *ius commune*. Todo el problema se reducía a encontrar el método propio de la ciencia jurídica, separándolo de la Retórica, disciplina en la que estaba incluido el estudio del Derecho dentro de las escuelas de artes (Irnerio mismo comenzó, al parecer, siendo *magister in artibus*). Ya en el siglo XI (hacia 1070) en la *Expositio ad librum papiensem* hallamos uno de los primeros testimonios de la reacción frente a la mezcla de argumentos retóricos y jurídicos: "magis enim credere debemus Romanae legis auctoritati quam rhetoricae"[8]. La tarea de los juristas boloñeses, con Irnerio a la cabeza, dio autonomía a la ciencia jurídica al separarla de la retórica.

¿Cuál era la situación, entretanto, en la otra rama de la *utraque lex*, el *ius canonicum*? Al igual que sucediera con el *ius civile* antes del fenómeno señalado, carecía, en primer lugar, de autonomía científica; si el tratado *de*

---

7. Muchos son los problemas que la figura de Irnerio plantea; incluso el nombre presenta numerosas variantes. Vide, F. CALASSO, ob. cit., págs. 507 ss. y la bibliografía ahí citada.

8. *Expos. ad Otton*, I, 3, 14. Cit. por F. CALASSO, ob. cit., pág. 340.

legibus formaba parte de la *rhetorica*, la *lex canonica* se estudiaba dentro de la *theologia practica*, es decir, aquel aspecto del saber sacro menos especulativo y más dirigido a ordenar conductas; en términos actuales –aclara Lombardía– una especie de amalgama de determinados aspectos de la Teología moral y pastoral, el Derecho canónico y la liturgia[9]. Era, pues, necesario diferenciar la Teología del Derecho canónico, para que este último pudiese estudiarse con método jurídico, del mismo modo que, en relación al *ius civile*, fue preciso separar las reglas de la retórica de las reglas de la interpretación jurídica.

En segundo lugar, no había una colección que, en parangón con la compilación justinianea, formase el *corpus legum* que pudiese constituir el centro de atención de los estudiosos. Existían, sí, numerosas colecciones, incluso respondiendo a criterios sistemáticos y a finalidades reformistas[10], pero eran incompletas y, en ciertos casos, mezclaban textos jurídicos con otros de tipo muy distinto. La labor que se necesitaba para crear una ciencia canónica en parangón con la de los legistas era, pues, doble: componer el *corpus iuris* y dar fisonomía propia a la ciencia canónica. Esta fue la obra de Graciano.

Evidentemente, lo mismo que en el caso de Irnerio, también Graciano cuenta con precedentes. Como escribe Calasso al respecto[11], los primeros intentos científicos en

---

9. J. HERVADA–P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, I (Pamplona, 1970), pág. 97.

10. Tal es el caso de las colecciones de signo universalista como la *Colección Adriana*, las de la época de la reforma gregoriana: el *Dictatus Papae*, la *Collectio canonum* del Card. Deusdedit, la *Redacción Gregoriana* del Decreto de Burcardo de Worms, etc. Asimismo hay que citar las colecciones de falsas decretales como la llamada *Pseudoisidoriana* o las *Falsas capitulares* de Benito Levita.

11. Ob. cit., págs. 318 ss.

el Derecho canónico comienzan tímidamente en el siglo IX con la pretensión de sistematizar orgánicamente el material legislativo[12]. Hasta entonces faltó una verdadera y propia elaboración que respondiese a una idea científica; las colecciones de cánones eran cronológicas y "sarebbe vano –observa dicho autor– cercare qualsiasi intento che superi il materiale stesso"[13]. A una idea sistemática responde, por ejemplo, la *Lex romana canonice compta* (hacia la segunda mitad del siglo IX), que consiste en una colección de *capitula cum sententiis suis romanae legis ad canones pertinentia;* la preocupación sistemática queda patente en las palabras de su desconocido autor: "non numerorum, sed sententiarum ac rerum attenditur ordo". Había, pues, una incipiente técnica canónica, que no se limitó a recopilar textos, sino que en cierto modo realizó una elaboración sobre ellos; en este sentido, desde los falsificadores del Pseudo Isidoro, hasta los recopiladores que trataron de introducir el espíritu de la reforma gregoriana en sus colecciones, son hombres que trabajaron sobre los textos con una intención reflexionando sobre los materiales. Cuando a Ivo de Chartres, quizá el más grande canonista del siglo XI (autor de las tres colecciones llamadas el *Decretum*, la *Panormia* y la *Tripartita*), se le ve esforzarse por conciliar los excesos rigoristas de la reforma gregoriana con las exigencias locales, en la búsqueda del verdadero bien común[14], esta-

---

12. De esta época es, en opinión de Le Bras, la versión sistemática de la *Hispana*, aunque es dato controvertido: "Sur la part d'Isidore de Séville et des espagnols dans l'histoire des collections canoniques", en *Revue des sciences religieuses*, X (1930), págs. 218 ss.

13. Sobre las ideas que impulsaron este movimiento científico rudimentario, vide P. FOURNIER–G. LE BRAS, *Histoire des collections canoniques en Occident depuis les fausses décrétales jusqu' au Décret de Gratien*, 2 vols. (Paris, 1931-32).

14. Cfr. L. DE LUCA, "Fonti del diritto (diritto canonico)", en *Enciclopedia del diritto*, XVII (Milano, 1968), pág. 978.

mos asistiendo a los primeros pasos de la gran canonística que surgirá, a partir de Graciano, en la siguiente centuria[15]. Aparte de las colecciones sistemáticas, poco sabemos del método de interpretación que siguieron los autores. En general, se aplicó el método dialéctico a las sentencias de los Santos Padres y a las colecciones, para concordar las disposiciones no concordes[16]. Es este método el que Graciano, con maestría no igualada, extendió a toda su colección.

Las dos cosas necesarias para que naciese una verdadera ciencia canónica, decíamos, fueron obra de Graciano. En primer lugar, confeccionó el *corpus*, la colección -la primera, pues luego seguirían otras, que formarían lo que más tarde se llamó el *Corpus Iuris Canonici*, término de cuyo uso ya hay constancia en el siglo XV- que permitió, por sus características, la tarea de los canonistas de acuerdo con el método de la glosa, iniciado por Irnerio, y de las *summae*.

En el clima de renovación de los estudios de la Bolonia del siglo XII Graciano concibe –como subraya Lombardía siguiendo la opinión común[17]– el proyecto de *concordar los cánones discordantes*, o lo que es lo mismo, elaborar un cuerpo de doctrina que redujera a la unidad todo el sistema de la Iglesia, se coordinaran los criterios y se limaran las contradicciones. Su obra, en la que aún es un enigma para la crítica histórica determinar cómo salió de sus manos y en qué medida fue retocada por sus continuadores[18], fue terminada por Graciano hacia el año

---

15. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, ob. cit., pág. 86.

16. Cfr. A. VAN HOVE, *Prolegomena*, 2ª ed. (Mechliniae-Romae, 1945), págs. 418 ss.

17. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, ob. cit., págs. 97 ss.

18. Incluso del propio título *Concordia discordantium canonum*, que comúnmente se atribuye a su autor, modernamente se duda por algunos que le fuese dado por él. Sin embargo, expresamente lo

1140 y bien pronto se difundió por toda Europa, imponiéndose como la única colección canónica, ya que su prestigio relegó al olvido las colecciones anteriores. Tal como ha llegado a nosotros es un libro de una extraordinaria amplitud. Lo integran multitud de fragmentos, de dos tipos: unos son los *dicta* del Maestro, es decir, las afirmaciones de Graciano que en su conjunto constituyen una obra científica, un cuerpo de doctrina; otros son las *auctoritates* o sea los textos recopilados. De este modo el conjunto de los *dicta* constituía el primer tratado completo de Derecho canónico de la historia y las *auctoritates* suponían la más completa colección canónica que se había recopilado hasta el momento[19]. Se comprende, por tanto, que esta obra, puesta en circulación

---

afirman varios de los primeros decretistas; "Magister Gratianus, in hoc opere antonomasice dictus Magister, loco proemii talem suo praemisit libro titulum: *Concordia discordantium canonum*", *Summa Parisiensis*, ed. T.P. McLaughlin (Toronto, 1952), pág. 1. Por su parte, Thomas Diplovatatius, en su obra *Liber de claris iuris consultis*, escribe: "Secundo est advertendum, quod Gratianus in libro decretorum non posuit nisi unicam rubricam, videlicet: *Incipit concordantia discordantium canonum*" (ed. G. Rabotti, en *Studia Gratiana*, X, 1968, pág. 9). En todo caso, desde muy pronto se le llamó *Decretum Magistri Gratiani*.

19. Además, la colección gracianea tenía la ventaja de recoger doce siglos de historia en un libro que, al redactarse, estaba al día; porque en él se conservaban -con las naturales deformaciones, anacronismos y errores de atribución típicos de un tiempo que aún no conocía la crítica histórica- los textos canónicos de más venerable antigüedad. Por ello su existencia hacía inútil a cualquiera de las colecciones anteriores que de hecho -ya lo hemos indicado- cayeron en desuso. Estos textos antiguos, por otra parte, estaban adaptados a las necesidades del momento, puesto que Graciano los interpretaba según su mentalidad, sin ninguna preocupación por reproducir los criterios y las necesidades del pasado. Por ello puede decirse que con el Decreto de Graciano comienza de nuevo la historia del Derecho canónico, que a partir de este momento estará constituido por el Decreto -síntesis de toda la tradición- y los textos que se producen con posterioridad. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, ob. cit., pág. 99.

por el ir y venir de hombres de toda Europa al ambiente estudioso de la docta Bolonia, sin dejar de ser nunca una obra privada, se impusiera rápidamente como el libro que contenía el Derecho canónico y que, por tanto, se estudiara y explicara en las Universidades, se alegara ante los tribunales y se consultara para resolver los problemas que planteaba la praxis de los organismos eclesiásticos.

El Decreto de Graciano es obra científica; pero es sobre todo colección. No una recopilación cualquiera, sino un intento de hacer un *corpus canonum* unitario, y por eso es obra científica, mas es ante todo colección; no son las *auctoritates* las que están al servicio de los *dicta*, sino al revés[20]. Y así lo entendieron los primeros decretistas (Paucapalea, Rufino, Esteban de Tournai, etc.), que explican en el proemio de sus *Summae* el sentido de la obra gracianea, por ellos glosada y comentada[21].

---

20. Los *dicta* de Graciano cumplen una doble función; por una parte introducir las cuestiones, plantear los problemas y dar unidad –dentro de lo posible– a la materia tratada. Por otro lado, intentan coordinar, concordar, las *discordantiae* que se podían observar entre las distintas disposiciones eclesiásticas. Este trabajo de concordancia lo desarrolló Graciano a base de distintos criterios que, a juicio de Calasso, se pueden clasificar del siguiente modo: a) *ratione significationis*, cuando se concilian textos a base del íntimo espíritu de las normas; b) *ratione temporis*, aplicando el principio de que la ley posterior deroga la anterior; c) *ratione loci*, observando el principio de que la ley particular deroga la general; d) *ratione dispensationis*, demostrando que una norma es excepción de la otra. Cfr. F. CALASSO, ob. cit., págs. 397 ss. Esta enumeración no es exhaustiva.

21. Quizá sea Esteban de Tournai quien más ampliamente expone las características del Decreto de Graciano: "Circa librum autem, quem prae manibus gestamus, haec attendenda sunt, scil. quae sit operis materia? quae ipsius intentio quis finis intentionis? quae causa operis? qui modus tractandi? quae distinctio libri? Compositorem huius operis recte dixerim Gratianum, non auctorem. Capitula namque a sanctis patribus edita in hoc volumine composuit, i.e. ordinavit. Non eorum auctor vel conditor fuit, nisi forte quis eum auctorem idcirco dicere velit, quoniam multa ex parte sua sanctorum

La segunda condición señalada era diferenciar la Teología y el Derecho canónico. En parte Graciano consiguió esta meta a través de los textos recopilados; pero por esta vía su tarea fue bastante incompleta y así se lo reprocharon algunos de sus comentadores. El tratado *De poenitentia* habla por sí solo de lo imperfecto de sus resultados. En cambio, fue más afortunado a través de sus *dicta*. Esta delimitación entre Derecho y Teología, entre fuero interno y fuero externo, le mereció que Dante le colocase en el cielo: "che l'uno e l'altro foro// aiutà sì che piace in paradiso" (Par. X, 104-105)[22]. Donde aparece con nitidez la delimitación establecida por Graciano es en el *dictum ante* c. 1, D. XX: "I. Pars. Decretales itaque epistolae canonibus conciliorum pari iure exequantur. Nunc autem quaeritur de expositoribus sacrae scripturae, an exequentur an subiciantur eis? Quo enim quisque magis ratione nititur, eo maioris auctoritatis eius verba esse videntur. Plurimi autem tractatorum, sicut pleniori gratia Spiritus sancti, ita ampliori scientia aliis pre-

---

[patrum] sententias distinguendo et exponendo in paragraphis suis ponit. Huius materia sunt canones, decreta et decretales epistolae, quorum differentiam supra legisti... Intentio eius erat, diversas diversorum patrum regulas, quae canones dicuntur, in unum colligere, et contrarietates, quae in eis occurrunt, in concordiam revocare. Finis, i.e. utilitas est, scire ecclesiastica negotia, de iure canonum tractare et tractata canonice definire...". STEPHAN VON DOORNICK, *Die Summa über das Decretum Gratiani*, ed. J. F. Schulte (Giessen, 1891; reprod. Aalen, 1965), págs. 4 ss.

22. Los estudiosos de la obra de Dante, incluso autores antiguos como Pietro Alighieri, suelen entender la expresión "uno y otro fuero" como los fueros eclesiástico y civil. Pero esta interpretación no es aceptable. Los decretistas comprendieron mucho mejor la intención de Graciano como lo muestran las palabras antes citadas de Esteban de Tournai: "Finis, i.e. utilitas est, scire ecclesiastica negotia, de iure canonum tractare et tractata *canonice* definire". Cfr. F. RUFFINI, "Dante e il protervo decretalista innominato", en *Scritti giuridici minori*, II (Milano, 1936), págs. 427 ss.

cellentes, rationi magis adhesisse probantur. Unde nonnullorum Pontificum constitutis Augustini, Ieronimi atque aliorum tractatorum dicta eis videntur esse preferenda. II. Pars § 1. Sed aliud est causis terminum imponere aliud scripturas sacras diligenter exponere. Negotiis diffiniendis non solum est necessaria scientia, sed etiam potestas. Unde Christus dicturus Petro: *Quodcumque ligaveris super terram, erit ligatum et in celis*, etc. prius dedit sibi claves regni celorum: in altera dans ei scientiam discernendi inter lepram et lepram, in altera dans ibi potestatem eiciendi aliquos ab ecclesia, vel recipiendi. Cum ergo quelibet negotia finem accipiant vel in absolutione innocentium, vel in condempnatione delinquentium, absolutio vero vel condempnatio non scientiam tantum, sed etiam potestas presidentium desiderant: aparet, quod divinarum scripturarum tractatores, etsi scientia Pontificibus premineant, tamen, quia dignitatis eorum apicem non sunt adepti, in sacrarum scripturarum expositionibus eis preponuntur, in causis vero diffiniendis secundum post eos locum merentur".

Queda así establecida la distinción entre las conclusiones teológicas y las normas prácticas de la vida jurídica de la Iglesia. Aquellas dimanan de una *scientia*; éstas, de una *potestas*. De este modo quedaba fijado el campo de estudio del canonista: el conjunto de normas emanadas del poder de la Iglesia (divino o humano). Mientras la Teología consistía en *scripturas sacras diligenter exponere* –una ciencia–, el Derecho canónico era el conjunto de reglas para *negotia diffinire cum potestate*.

Puede observarse que estas palabras de Graciano tienen un cierto sabor judicialista. Ya lo ponía de relieve la *Summa Coloniensis*: "Hoc duplici iure hominem regi in principio sui operis perhibet Gratianus. Appellat autem hominem personam in iudicium deductam"[23]. En todo

---

23. *Summa "Elegantius in iure divino" seu Coloniensis*, I, ed. G.

caso, la diferenciación establecida, entendiendo el Derecho como regla de ordenar y terminar las causas y los negocios, quedó bien grabado en sus discípulos como lo muestra el pasaje ya indicado de Esteban de Tournai o las palabras con que Paucapalea comienza su *Suma*[24].

Y de cualquier manera Graciano consiguió delimitar el Derecho canónico dándole configuración propia y haciendo posible en el *ius canonicum* lo que Irnerio hizo en el *ius civile*.

De cuanto llevamos dicho se pueden sacar algunas conclusiones en orden al objeto de nuestro estudio.

La primera de ellas es que, al tratar sobre la noción del Derecho natural en Graciano, hay que distinguir –como en cualquier otra cuestión– los *dicta*, que expresan su propia opinión, y las *auctoritates*. Estas últimas no representan, propiamente, la opinión del Maestro. Sólo de modo muy circunspecto puede aludirse a las *auctoritates* para penetrar en el pensamiento propio de Graciano: cuando en sus *dicta* adopte claramente una posición en favor de una de ellas en discordancia con otras, o cuando la elección de las *auctoritates* manifieste una clara intencionalidad. Con todo, siempre es preciso tener presente lo que suponen las *auctoritates* para el hombre medieval. Si se les llama precisamente así es porque, en principio, hacen fe, gozan de autoridad. Tanto los recopiladores como los comentadores respetan la decisión o la doctrina contenida en ellas; por eso, más que rechazar unas y criticarlas, quedándose con otras, procuran armonizarlas, a veces con difíciles equilibrios dialécticos, que hoy nos pueden parecer exagerados.

La segunda conclusión es que Graciano, pese a haber

Fransen con la colaboración de St. Kuttner (New York, 1969), pág. 3.

24. Cfr. PAUCAPALEA, *Summa über das Decretum Gratiani*, ed. J. F. von Schulte (Giessen, 1890; reprod. Aalen, 1965), pág. 1.

sido *lector* de teología práctica, no es un filósofo ni un teólogo; en otras palabras no es un teórico del Derecho natural ni de los demás temas. En tal sentido, no es precisamente lo más adecuado ponerlo en parangón con Aristóteles, Cicerón, San Agustín, Hugo de San Víctor o Santo Tomás de Aquino, por poner ejemplos bien diversos. El no intenta construir un sistema teórico, sino ofrecer un *corpus canonum*, un sistema de *auctoritates* unificado para la organización jurídica de la vida eclesiástica. Es un práctico, genial sin duda, pero no un pensador teórico. Su obra tiene más de Código comentado que de tratado, por usar términos modernos.

La tercera conclusión es que Graciano, al intentar distinguir la Teología del Derecho canónico –aun a pesar de los fallos que se observan, sobre todo desde una perspectiva moderna–, tiene del Derecho un sentido eminentemente práctico: ordenación de la vida eclesiástica; su concepto de ley natural habrá que interpretarlo en este contexto y, consiguientemente, de modo distinto –en lo posible– de la *lex naturalis* que autores anteriores exponen en un contexto eminentemente teológico, como expresión de uno de los estados de la naturaleza humana en relación con la Redención y la economía actual de la Salvación.

Hechas estas precisiones, pasemos ya al núcleo central del tema que nos ocupa.

3. EL TRATADO DE LAS FUENTES EN EL DECRETO DE GRACIANO

El Decreto de Graciano se inicia con lo que en lenguaje actual podríamos denominar una teoría de las fuentes; en otras palabras, con una serie de distinciones a través de las cuales, mediante una sistemática un tanto

complicada, se van exponiendo las dos especies de Derecho –natural y positivo– y sus subespecies, la ley, la costumbre, las distintas clases de normas seculares (romanas) y canónicas, así como las relaciones entre el Derecho natural y el positivo y entre el Derecho canónico y el secular. A ello se añaden otras cuestiones como la finalidad del Derecho, su origen histórico, etc., que ahora nos interesan menos. Era, sin duda, una forma inédita de iniciar una colección canónica. En ninguna de las precedentes colecciones, aun sistemáticas, encontramos algo parecido –lo que no quiere decir que algunas no contengan, por lo menos en parte, estos elementos, pero en todo caso aparecen en ellas dispersos[25]– lo que de suyo es un índice de la novedad y de la finalidad del Decreto de Graciano. Parece advertirse que en la mente del Maestro boloñés estaba claro que el *corpus canonum* completo y unitario, que pretendió confeccionar, debía comenzar con una exposición de lo que es el Derecho y en concreto el Derecho canónico.

---

25. "La teoría de las fuentes, y en particular la de la ley, no merece mayor atención en las colecciones de importancia y de tendencias diferentes que jalonan el siglo XI... Las colecciones chartrenses [de Ivo de Chartres] marcan al respecto un notable progreso. Pueden señalarse como ejemplo el Decreto (poco después de 1093) y la Panormia (poco después de 1095). El primero, dos veces más abundante que el Decreto de Burcardo, con sus 3.760 capítulos, ofrece los elementos de un tratado de la ley. Los textos relativos a las fuentes del Derecho se insertan en la *Pars IV*, entre el tratado de las fiestas y de los ayunos (c. 1-16) y el de la celebración de los concilios (c. 239-357). Aparecen cerca de 180 textos que conciernen a las fuentes del Derecho. Entre diversas cuestiones... se puede distinguir un *de legibus* (c. 168-193) y un *de consuetudine* (c. 194-213). Pero la homogeneidad de las dos masas es muy relativa, porque se encuentran allí a veces textos que no tienen nada que ver con la ley o la costumbre, y, a la inversa, la ley o la costumbre reaparecen en otros pasajes". J. GAUDEMET, "Contribución al estudio de la ley en la doctrina canónica del siglo XII", en *Ius Canonicum*, VII (1967), págs. 42 ss.

Entendemos que esto no fue una idea original de Graciano, sino que tuvo una fuente (un modelo) inspiradora precisa: las *Instituciones* de Justiniano e incluso el *Digesto*. Sin embargo, Graciano no copia el contenido de tales libros, ni entre las *auctoritates* citadas en las quince primeras distinciones –que son las que fundamentalmente nos interesan– aparece ningún texto de los jurisconsultos romanos. Gaudemet[26] insiste en la reticencia de Graciano respecto del Derecho romano e incluso habla de su antirromanismo, al menos formal, aspecto éste que otros autores no han dejado de señalar[27]. Es probable, e incluso puede aceptarse sin reservas esa tesis, dada la autoridad y los datos aportados por los autores que la mantienen, siendo, además, sabido que el recelo hacia el Derecho romano fue compartido por otros canonistas, pese a que a la Iglesia se debe, en no poca medida, que el Derecho romano perviviese después de las invasiones germánicas[28]. Con todo quizás no sea este antirromanismo lo decisivo. Es cierto que, en cualquier caso, nos movemos en el terreno de la hipótesis, al ser imposible conocer los verdaderos motivos de Graciano puesto que no los explicó; pero de los datos que aparecen puede llegarse a conclusiones verosímiles.

Ante todo se debe tener en cuenta que estamos en los albores del *utrumque eius*, en el que el *ius civile* por antonomasia era el Derecho romano. Una teoría completa de las fuentes requería, por una parte, desarrollar los conceptos comunes, para luego describir las fuentes

---

26. "La doctrine des sources du droit dans le Décret de Gratien", en *Revue de droit canonique*, I (1950), págs. 5 ss.; "Contribución al estudio de la ley en la doctrina canónica del siglo XII", cit., págs. 44 y 48; "Das römische Recht in Gratians Dekret", en *Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht*, XII (1961), págs. 177 ss.

27. Vide, por ejemplo, *Histoire du Droit et des Institutions...*, VII, cit., págs. 119 ss. y bibliografía allí citada.

28. Cfr. F. CALASSO, ob. cit., págs. 215 ss.

de cada uno de ambos Derechos. Esto es lo que encontramos en Graciano, de la mano –sobre todo– de San Isidoro. Antirromanismo, por tanto, sí, si con ello se alude a la ausencia de citas del *Corpus Iuris Civilis*, de los juristas romanos; pero no en cuanto olvide el Derecho romano, ya que, como afirma Gaudemet, llega a describirlo, siempre a través de pasajes de San Isidoro, hasta lo inútil. Ello, en cambio, tuvo una ventaja: fue el mejor tratado de las fuentes hasta entonces conocido, incluida la compilación justinianea[29].

Por otra parte, esta teoría completa de las fuentes –completa, naturalmente, dentro de lo que era posible en el inicio mismo de la ciencia jurídica– forma parte de una *colección canónica*. Ello implicaba varias cosas: a) los textos aducidos debían, en lo posible, contener una doctrina del Derecho, no pagana –por muy *ratio scripta* que se la considerase–, sino ya expuesta según conceptos cristianos; b) debía estar, en lo posible, acomodada a la índole propia del Derecho canónico; c) debía ser fundamentalmente una recopilación de *auctoritates* eclesiásticas (fuentes canónicas).

Pues bien, todo esto no lo proporcionaban los juristas romanos y sí, en cambio, San Isidoro de Sevilla, así como las demás *auctoritates* alegadas. Creemos que esta razón –por muy cierta que sea la reticencia de Graciano

---

29. "La innovación de Graciano en este empleo masivo de los capítulos jurídicos de las Etimologías es evidente ... Su copia servil no carecía por otra parte de inconvenientes. Por causa de ella, figuraban en los primeros cánones del Decreto definiciones sin interés para los canonistas del siglo XII, tales como la del *Ius Quiritum*, la de Senatus Consultus, la de leyes "tribunicias", o "consulares", e incluso la de "derecho militar" y la de las *leges Rhodiae*. La compensación de tales datos inútiles reside en la amplitud y en la consiguiente riqueza del Tratado. Nada similar se había realizado hasta entonces". J. GAUDEMET, "Contribución al estudio de la ley ...", cit., pág. 48.

respecto de los juristas romanos– explica mejor el contenido de las primeras distinciones del Decreto, que dicha reticencia. No se debe olvidar que Graciano no es un simple erudito; es un monje, hombre de Iglesia, que pretende hacer una obra de aplicación práctica en la Iglesia. Tan lógica nos parece la postura de Graciano, como –por ejemplo– que el Catecismo Romano recogiese la definición del matrimonio de Pedro Lombardo antes que la de Justiniano en la que el célebre teólogo se inspiró.

Pero yendo ya más directamente a los textos que se refieren al Derecho natural, cabría preguntarse por qué Graciano, al tratar de la noción, se limita a transcribir los pasajes de las *Etimologías* de San Isidoro, en lugar de traer a colación otros textos de los Santos Padres, especialmente San Agustín, el *authenta Patrum* de los medievales. De hecho recoge pasajes de San Jerónimo y de San Agustín respecto de otras cuestiones sobre el Derecho natural y el positivo. ¿Por qué San Isidoro en lo que atañe a la noción? Hay una respuesta que aflora inmediatemente: la comodidad. San Isidoro proporcionaba todo el material necesario, resumía la tradición antigua y, además, en las tres primeras distinciones –donde se recoge lo sustancial– no se aprecia ningún deseo de Graciano de concordar opiniones discordantes.

Sin embargo, tenemos que confesar que esta hipótesis, en su sencillez, no acaba de convencernos. Indudablemente lo completo de los textos isidorianos debió jugar un papel muy importante; pero entendemos que la elección de San Isidoro debió obedecer también a otro motivo: el intento de Graciano de diferenciar Teología y Derecho canónico. En este sentido, San Isidoro es el único Santo Padre que ofrecía, no sólo un material completo, sino ese material fuera de un contexto teológico, en el de la ciencia jurídica.

Expliquemos un poco más este punto. Cuando los

Santos Padres y los autores medievales hablan de la ley natural suelen hacerlo, no a nivel de ciencia jurídica, sino con un profundo sentido teológico, que arranca del célebre pasaje de San Pablo, Rom 2, 14 ss.[30]. Incluso el no corto tratado *De naturali lege* que Hugo de San Víctor incluye en su obra *De sacramentis christianae fidei*[31] se encuentra en la misma línea. Cierto es que no pocas veces se desciende a aplicaciones de tipo más o menos jurídico, esto es, relacionados con la vida social; pero fundamentalmente se trata de especulaciones acerca de los estados de naturaleza y de la justificación –la salvación– del hombre y de sus relaciones con Dios. Esto lo ha visto con claridad Villey[32]. La *lex naturae*, la *lex*

---

30. "En verdad, cuando los gentiles guiados por la razón natural, sin Ley, cumplen los preceptos de la Ley, ellos mismos, sin tenerla, son para sí mismos Ley. Y con esto muestran que los preceptos de la Ley están escritos en sus corazones, siendo testigo su conciencia, y las sentencias con que entre sí unos y otros se acusan o se excusan".

31. Lib. I, pars. XI (P L, CLXXVI, 343 ss.).

32. *Leçons ...*, cit., págs. 192 ss. Más discutible es, en cambio, la interpretación final que Villey hace de Graciano. Si bien es cierto que la distinción entre Derecho y Teología (y en concreto la Teología moral) no está resuelta del todo en el Decreto, la interpretación de Villey choca demasiado, a nuestro entender, con el intento de Graciano. La misma elección que Graciano hace de los textos que resumen el *ius naturae* en la Sagrada Escritura –Tob 4, 16 y Math 7, 12– lo pone de relieve. La ley natural, en cuanto moral se resume en el principio supremo: "Amarás al Señor, tu Dios, con todo tu corazón, con toda tu alma y con toda tu mente. Este es el más grande y el primer mandamiento. El segundo, semejante a éste, es: Amarás al prójimo como a ti mismo. De estos dos preceptos penden toda la Ley y los Profetas" (Math 22, 37-40), según las palabras de Cristo, que el Maestro boloñés no desconocía. En cambio, los textos escogidos por Graciano, si bien en una perspectiva moderna nos pueden parecer poco jurídicos, tienen más la nota de alteridad y son los pasajes de la Escritura que más evocan la fórmula romana: "honeste vivere, alterum non laedere, ius suum cuique tribuere", que años después recogiera la bula *Rex Pacificus* que promulgó las Decretales de Gregorio IX.

vetera y la *lex gratiae* representan fundamentalmente tres estadios sucesivos –aunque en el tiempo puedan coexistir (paganos y judíos, primero; no bautizados y cristianos después), salvo la *lex vetera* y la *lex nova*, sustituida la primera por la segunda– de las relaciones del hombre con Dios y su conducta moral total, íntimamente relacionados con la economía de la salvación. Tres estadios sucesivos, de los cuales dos –la *lex naturae* y la *lex gratiae*– confluyen en el cristiano, según la doctrina de la Iglesia, de acuerdo con las relaciones entre naturaleza y gracia. Es en este contexto teológico en el que se mueven los Santos Padres y los teólogos sucesivos.

San Isidoro, en cambio, es distinto. Su tratado *de legibus* en las *Etimologías* es, sin duda, una versión cristiana de ese tratado, pero no es teológico. Es significativo al respecto que la primera parte de ese tratado se incluya en el libro II, *De rethorica et dialectica* y la segunda parte, más específica, se desarrolle en el libro V, que trata *De legibus vel instrumentis iudicum ac de temporibus*. Ciencia cristiana, pero ciencia humana, no teología. Ya advertíamos antes, y el hecho es bien conocido, que antes de adquirir fisonomía propia, la ciencia jurídica se consideraba una parte de la retórica. Y es en ese contexto donde San Isidoro habla de las leyes, resumiendo –como ocurre en todo el resto de las *Etimologías*– la ciencia heredada de la antigüedad.

Al recoger los textos isidorianos, Graciano recogía la doctrina de los jurisconsultos romanos, pero, por una parte, esa enseñanza estaba tamizada por la doctrina cristiana, y por otra se apelaba a una *auctoritas canonica*; a la vez, la "teoría de las fuentes" –si se nos permite la expresión– del Decreto quedaba, en su redacción, "jurídica", sin los posibles trasfondos teológicos de otros Santos Padres. De acuerdo con lo que acabamos de decir, que Graciano escogiese a San Isidoro en lugar de los juristas romanos no nos parece ni paradójico ni sor-

prendente. Por el contrario, era lo más adecuado para una colección canónica.

4. LA NOCIÓN DE DERECHO NATURAL EN GRACIANO

Pero entremos ya de lleno en la noción de Derecho natural que da Graciano. Es común afirmar que la definición gracianea es la que se encuentra en el *dictum* que abre el Decreto: "Ius naturae est, quod in lege et evangelio continetur". Es ésta la noción que se considera como la propia de Graciano, la que ha provocado los estudios a que aludíamos al principio y los problemas de interpretación de todos conocidos.

Mas éste es precisamente el interrogante que a nosotros se nos plantea. ¿Pretendió realmente Graciano definir con estas palabras el Derecho natural? Si atendemos al verbo utilizado –*esse*–, así parece; mas la cuestión no nos aparece tan sencilla analizando el conjunto de la frase: *quod in lege et evangelio continetur*, aquello que está contenido en la Ley (Antiguo Testamento) y en el Evangelio. Ante estas palabras es legítimo preguntarse, ¿es esto una *definición* o una *remisión*?

Veamos el conjunto del *dictum*: "Humanum genus duobus regitur, naturali videlicet iure et moribus". Aquí lo que se establece es la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo humano. Establecida esta distinción, sigue la frase antes citada, a lo que añade: "quo quisque iubetur alii facere, quod sibi vult fieri, et prohibetur alii inferre, quod sibi nolit fieri. Unde Christus in evangelio: *Omnia quaecumque vultis ut faciant vobis homines, et vos eadem facite illis. Haec est enim lex et prophetae*". Ante este pasaje, lo primero que viene a la mente es a qué se refiere el pronombre *quo*, cuál es el sujeto al que sustituye. No puede ser "lege et evangelio", porque entonces

no se utilizaría el singular sino el plural: *quibus*. Esto se refuerza si se tiene en cuenta que lo que sigue es una mezcla entre un texto evangélico –Math 7, 13[33]– y otro del Viejo Testamento –Tob 4, 16[34]–, lo que impide atribuir el *quo* al único término del género masculino (*quo* es neutro o masculino) –evangelio– del binomio *lege et evangelio*, solución a la que podría llevar la cita que Graciano hace[35]. *Quo* concuerda con *ius*, y ello indica que los dos principios señalados –uno mismo, enunciado en forma negativa y en forma positiva– son, para Graciano, los dos principios básicos del Derecho natural. Añadamos a esto que Graciano, en realidad, reduce ambos principios a uno solo, el enunciado en forma positiva, a través de la cita evangélica[36] donde, con la expresión "haec est enim lex et prophetae", el enunciado negativo (el del texto veterotestamentario) se subsume en el positivo.

Que *quo* concuerde con *ius naturae* nos indica algo importante. Graciano señala un principio que, si bien está recogido en la Sagrada Escritura, sabía de sobra, porque expresamente lo dicen autores cuyas obras cono-

---

33. "Por eso, cuanto quisiéreis que os hagan los hombres, hacédselo vosotros a ellos, porque ésta es la Ley y los Profetas".

34. "Guárdate de hacer jamás a otro lo que no quisieras que otro hiciese a ti".

35. Esto es, podría pensarse que Graciano dice: "El Derecho natural es lo que se contiene en la ley y en el evangelio, en (o por) el cual -en el evangelio–, se manda que cada uno haga a los otros...".

36. Para comprender esta reducción es preciso tener en cuenta que Graciano tiene presente autores precedentes, como Anselmo de Laon y Hugo de San Víctor, e incluso San Agustín –directa o indirectamente– (en algún que otro pasaje este último), que colocan como principios básicos del Derecho natural, bien el enunciado negativo, bien los dos. Graciano, respetuoso con la Tradición recoge ambos principios, pero termina por reducirlos al enunciado evangélico, sin aludir al veterotestamentario. Sobre los precedentes citados, vide M. VILLEY, *Leçons ...*, cit., págs. 195 ss.

ció directa o indirectamente (puesto que los cita o claramente depende de ellos) tales como San Agustín o Hugo de San Víctor, que es de razón natural y anterior a la *lex scripta* (la Sagrada Escritura). Por otra parte, San Isidoro, en la definición que el c. 7 de la dist. I recoge, expone el Derecho natural como algo que proviene del *instinctus naturae* y es *commune omnium nationum*. No es pensable que Graciano estuviese en desacuerdo con tales tesis, cuando todas ellas dependen, en definitiva, de lo que Graciano parece colocar por encima de todo: el Nuevo Testamento. Es, en efecto, el pasaje paulino antes citado la raíz y la fuente inspiradora de los Santos Padres y los escritores posteriores en sus disquisiciones sobre la ley natural.

Nada hay, por otra parte, en los *dicta*, que nos indique el menor desacuerdo de Graciano con San Isidoro. Por el contrario, la elección de una sola *auctoritas* para la *distinctio* I y la ausencia de cualesquiera *contrarietates* –de cánones discordantes– nos indican que éste es uno de los casos en los que la *auctoritas* recopilada deja traslucir el propio pensamiento gracianeo.

Es casi innecesario, por lo demás, insistir una vez más –lo han puesto suficientemente de relieve los autores que de este tema han tratado– en que Graciano no identifica el Derecho natural con todo el contenido de la Sagrada Escritura. No sólo utiliza en otros lugares expresiones claras al respecto –"Sed cum naturale ius lege et evangelio supra dicatur esse comprehensum"[37]–, sino que dice expresamente que no todo lo contenido en la Ley y el Evangelio es Derecho natural: "His ita respondetur. In lege et evangelio naturale ius continetur; non tamen quecunque in lege et evangelio inveniuntur, naturali iure coherere probantur"[38]. Por otro lado, es

37. *Dictum* a.c. I, D.V.

38. *Dictum post* c. III, D. VI.

conocido que Graciano indica manifiestamente que el Derecho natural es anterior a la Sagrada Escritura y nace con el propio hombre: "Nunc ad differentiam naturalis iuris et ceterorum revertamur. § 1. Naturale ius inter omnia primatum obtinet et tempore et dignitate. Cepit enim ab exordio rationalis creaturae, nec variatur tempore, sed immutabile permanet"[39]. Y en otro lugar: "Naturale ergo ius ab exordio rationalis creaturae incipiens, ut supra dictum est, manet immobile"[40]. Obsérvese, además, la ilación entre el origen *ab exordio rationalis creaturae* con la inmutabilidad; no es, pues, ese origen común entre el hombre y el Derecho natural un dato temporal, sino que indica que el Derecho natural está impreso –es inherente– al hombre independientemente del tiempo; es un Derecho que existe *instinctu naturae* por usar la expresión isidoriana, que existe allí donde existe el hombre.

Aunque sea incidental, no queremos dejar de poner de relieve un extremo. Graciano se refiere siempre a la criatura racional, al hombre, en claro contraste con la noción ulpianea del Derecho natural común a hombres y animales.

Pero volvamos al punto de partida. Cuanto acabamos de decir creemos que muestra con suficiente claridad que la expresión "ius naturae est, quod in lege et evangelio continetur" no es ninguna definición del Derecho natural. Para Graciano el Derecho natural es el Derecho que nace con el hombre, el que en él está inmutablemente inscrito o si se quiere, el que describe San Isidoro: "Ius naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur".

---

39. *Dictum* a.c. 1, D.V.
40. *Dictum post* c. 3, D. VI.

Esta interpretación se refuerza si se tiene en cuenta como criterio subsidiario –y sólo subsidiario como es natural–, lo que escriben Paucapalea y Rolando Bandinelli. Se trata de dos discípulos directos de Graciano, que incluso es posible que ayudaran al Maestro en la elaboración del Decreto[41]. Rolando Bandinelli, exponiendo qué sea el Decreto y el orden que sigue, dice: "Modus scribendi talis est: incipit a duplici iure, naturae videlicet et morum, ostendens, quid sit ius naturae et in quibus contineatur"[42]. Se hace, pues, la distinción entre lo que para Graciano es el Derecho natural y donde se contiene. Paucapalea, por su parte, trascribe casi literalmente las palabras del Maestro, pero suprimiendo el *est* respecto al *in lege et evangelio continetur*, quedando mucho más claro que el Derecho natural es el que nace con el hombre mismo: "Naturale ius, quod in lege et in evangelio continetur, quo prohibetur quisque alii inferre, quod sibi nolit fieri, et iubetur alii facere, quod vult sibi fieri, ab exordio rationalis creaturae coepit et inter omnia primatum obtinet; nullo enim variatur tempore, sed immutabile permanet"[43].

Entonces, ¿qué sentido tiene la citada frase gracianea? Como hemos dicho antes, se trata de una remisión a los *loci* o lugares donde se encuentra recogido el Derecho natural. Con términos de la época, diríamos que es una remisión a las supremas *auctoritates* donde el

---

41. Por lo menos respecto de Rolando Bandinelli aventura esta hipótesis J. RAMBAUD-BUHOT, en *Histoire du Droit et des Institutions* ..., VII, cit., pág. 49: "Etudiant en droit civil, il n'est pas exclu que Roland Bandinelli ait collaboré avec Gratien pour assembler les matériaux de la compilation". En todo caso, Paucapalea parece ser el primer recopilador de una serie de *paleae* o *auctoritates* añadidas a la primitiva redacción del Decreto.

42. *Summa Magistri Rolandi*, ed. F. Thaner (Innsbruck, 1874, reprod. Aale, 1962), pág. 4.

43. *Summa*, cit., págs. 1 s.

Derecho natural se encuentra recogido. En el encabezamiento mismo de su colección de *auctoritates* humanas –aunque algunas recojan reglas de Derecho divino– Graciano coloca la Sagrada Escritura, como texto fundamental o *auctoritas* divina, que preside todo el sistema de fuentes.

Decíamos antes que Graciano es un hombre de Iglesia, que intenta hacer una colección de cánones –privada desde luego– para uso de los hombres de Iglesia. Y una colección de Derecho canónico, de Derecho de la Iglesia. Vista así la figura de Graciano es perfectamente explicable su remisión a las Sagradas Escrituras en el tema del Derecho natural. Con gran acierto, diversos autores han ido señalando las fuentes concretas de inspiración del *dictum* gracianeo –Ivo de Chartes, Hugo de San Víctor, quizás Anselmo de Laon y más remotamente San Agustín y otros Santos Padres[44]–, pero me atrevería a decir que, en definitiva y sin restar importancia a la valiosa tarea que supone la búsqueda de esos antecedentes concretos, hay un criterio más importante de interpretación: es la doctrina de la propia Iglesia sobre esta cuestión y el modo cómo ella misma ha aplicado el Derecho natural a su ordenamiento jurídico. Es esta doctrina –de la que está imbuido– la que configura decisivamente el pensamiento del monje camaldulense.

La idea a la que nos referimos –expresada de diversas maneras por los doctos y, aun en medio de controversias, hasta su definitiva fijación por el Magisterio eclesiástico– consiste en que el Derecho natural, sin dejar de ser natural ni cognoscible por la razón, ha sido, en sus

---

44. Vid, por ejemplo, M. VILLEY, *Leçons* ..., cit., págs. 195 ss.; J. GAUDEMET, "Contribución al estudio de la ley ...", cit., págs. 44 ss. Asimismo existen estudios sobre puntos particulares como las fuentes patrísticas, de Derecho romano, conciliares, etc., cuya enumeración aquí resultaría superflua.

reglas básicas, objeto de Revelación divina. Oscurecida la razón por causa del pecado, los hombres se desviaron –y se desvían– frecuentemente de la ley natural, aunque haya ciertos principios fundamentales que no se pierden. Siendo ésta una materia que atañe a la salvación, la Revelación divina enseña los principios fundamentales del Derecho natural y la Iglesia se declara intérprete auténtica de ese Derecho.

Cierto es que lo que acabamos de decir, lo hemos expuesto en términos modernos, pero es una idea constante en la Iglesia, aun cuando los documentos de las distintas épocas lo expongan con lenguaje diferente. Desde la frase de Cristo, respecto de la indisolubilidad del matrimonio –"ab initio non fuit sic"–, hasta varios pasajes paulinos, pasando por la doctrina de los Santos Padres, es claro que la Revelación contiene datos sobre la ley natural y que el cristiano ha de vivir, como parte de la *voluntas Dei*, conforme al Derecho natural[45]. Ese Derecho natural, sin dejar de ser natural –es propio de la naturaleza humana, no producto de la gracia–, se encuentra perfectamente definido –en sus bases fundamentales– por la Revelación divina. En tal caso, el conocimiento viene de la fe, pero el objeto conocido no es sobrenatural. El conocimiento por la fe, no transforma el Derecho natural en sobrenatural, porque lo sobrenatural es sólo el modo de conocimiento, no el objeto. Punto éste que a veces hoy parece olvidarse; da la impresión, en efecto, que algunos entienden que una norma de Derecho natural, porque esté contenida en la Revelación, ya no debe ser tenida como natural, sino

---

45. Que el Derecho natural es voluntad de Dios lo afirma Graciano en el *dictum post* c. 11, D. IX: "Cum ergo naturali iure nichil aliud precipiatur, quam quod Deus vult fieri, nichilque vetetur, quam quod Deus prohibet fieri ... Constitutiones ergo vel ecclesiasticae vel seculares, si naturali iure contrariae probantur, penitus sunt excludendae".

como materia específicamente religiosa, que el cristiano no puede hacer valer en la vida social como Derecho natural, por virtud del principio de libertad religiosa. Error éste, que confunde el objeto con el modo de conocimiento. Si por fe conocemos una realidad natural, esa realidad sigue siendo natural; lo sobrenatural es sólo y únicamente el modo de conocimiento.

Por otra parte, el Derecho natural, para el cristianismo, es expresión de la voluntad de Dios sobre el hombre, es *Derecho divino*, porque su autor es Dios, como autor de la naturaleza: "Omnes leges –escribe San Isidoro en el primer texto recogido en el Decreto– aut divinae, aut humanae. Divinae natura, humanae moribus constant". Principio éste ampliamente desarrollado, con lenguaje y perspectiva distintos, por San Pablo, v. gr. en Rom 1, 18-32 y 2, 12-16; y que es perfectamente detectable en algunos pasajes evangélicos, por ejemplo, cuando se dice: "quod Deus coniunxit homo non separet", en relación a una de las instituciones más típicas del Derecho natural, como es el matrimonio, según la constante enseñanza del Magisterio eclesiástico y de todos los iusnaturalistas, desde los juristas romanos, los autores medievales, la Escuela racionalista del Derecho Natural, los krausistas o los neotomistas. Según esta idea –y no otras, como las estoicas, por similar que sea el lenguaje– es cómo hay que interpretar las frases de algunos canonistas –"*natura*, i. e. a Deo, qui summa natura est, initium habent"[46]–, o la célebre de los glosadores "natura, idest Deus"[47].

De acuerdo con todo ello, el Derecho natural, no en cuanto a su definición sino a su contenido, especialmente en sus principios fundamentales, entendido como

46. Así, ESTEBAN DE TOURNAI, en *Summa*, cit., pág. 8.

47. Vide, V. GUALAZZINI, "Natura, idest Deus", en *Studia Gratiana*, III (Boloniae, 1955), págs. 411 ss.

un Derecho vigente en la Iglesia, debe ser buscado por el canonista –y más concretamente, por quienes deben aplicarlo y vivirlo–, *in lege et evangelio*[48]. Lo que importa al Derecho canónico respecto al contenido básico del Derecho natural es su núcleo revelado (sin menosprecio, desde luego, de la función de la razón), pues de la Revelación parte toda la doctrina y la ley de la Iglesia[49].

A nuestro entender estas son las ideas que laten en Graciano. Lo que el Maestro boloñés quiere indicar con su frase "quod in lege et evangelio continetur", es que el Derecho canónico se funda en la Revelación divina y en la *voluntas Dei*[50]. El Derecho canónico, al igual que el *ius*

---

48. Algún autor moderno parece desear que los canonistas adopten ante el Derecho natural una actitud más *racional*, esto es, dando más relevancia a los datos racionales. Vide CH. MUNIER, "Derecho natural y Derecho canónico", en *Ius Canonicum*, VII (1967), págs. 5 ss.

49. Véase, por ejemplo, la jerarquía de fuentes –si se nos permite el anacronismo de la expresión– que el citado Esteban de Tournai establece: "Haec tamen in decisione causarum ecclesiasticarum diligentia tenenda est, ut primum quidem locum obtineant evangelica praecepta, quibus cessantibus apostolorum dicta, deinde quatuor praedicta concilia, postea concilia reliqua, tandem decreta et decretales epistolae; ultimo loco succedunt verba sanctorum patrum: Ambrosii, Augustini, Hieronymi et aliorum". Ob. cit., pág. 3. No hace falta decir que esta relación de fuentes –prescindiendo del Nuevo Testamento– hoy resulta un tanto extraña y se presta a interpretaciones erróneas. No lo era, en cambio, en tiempos del Tornacense, si se tiene en cuenta la evolución de las fuentes del Derecho canónico y la concepción que de la ciencia del Derecho privaba entonces. Puede verse al respecto, para un primer acercamiento a esta temática, J. HERVADA–P. LOMBARDÍA, ob. cit., págs. 105 ss.

50. "Es necesario comprender bien esta perspectiva histórica y religiosa de Graciano: la ley natural concernía al hombre antes del pecado original; se le ofrecía un ideal de vida (entrañando, por ejemplo, la comunidad de bienes de una humanidad viviendo en perfecta armonía con Dios y con el Universo creado). Este ideal de vida del hombre primitivo (elevado al estado sobrenatural desde la

civile, es en parte Derecho natural y en parte Derecho positivo. Ahora bien, los enunciados fundamentales del Derecho natural hay que buscarlos en la Revelación: *in lege et evangelio*.

Como escribe Lefebvre: "L'*auctoritas* d'Isidore fait sans doute difficulté: le Père de l'Eglise ne voit-il pas dans le droit naturel un *instinct de nature*, et ainsi un principe différent de la Loi et de l'Evangile n'est-il pas à admettre? Au surplus, Gratien lui-même ne reconnaît-il pas cet *instinct de nature* dont parle Isidore comme droit naturel, puisqu'il en rappelle l'apparition avec la créature rationnelle? Mais justement les tendences de cet instinct de nature trouvent leur expression parfaite dans la Loi et dans l'Evangile, qui leur donnent la consécration divine authentique, dont elles ont besoin pour être affirmées en face des *mores*. C'est d'ailleurs bien en ce sens que la tradition canonique a entendu Gratien: elle cherchera dans la Loi et dans l'Evangile la détermination des tendances naturelles à l'homme. Les principes posés par Gratien n'omettent donc pas l'instinct naturel, mais bien au contraire ils en soulignent l'importance, puisqu'ils n'en retiennent que ce qui est expressément confirmé par la révélation. Leur caractère objectif est ainsi double, puisque à la nature se joint une manifestation divine directe, qui la détermine ou la concrétise. Enfin, comme Gratien le note lui-même, la

---

creación y en plena posesión de sus facultades originales en toda su integridad) se vio oscurecido por el pecado, y restaurado luego por el Evangelio y la ley de la gracia instaurada por Cristo. El propósito de Graciano era el de presentar el cuerpo de leyes que rigen la sociedad cristiana, y por tanto no precisaba referirse a la noción teológica del Derecho natural propia de la humanidad primitiva, de la inocencia del Paraíso. De hecho, no la menciona sino ocasionalmente y se atiene a la forma definitiva de la ley divina; la ley evangélica, la ley fundamental del pueblo cristiano". CH. MUNIER, ob. cit., pág. 8.

science ne suffit pas, encore faut-il qu'intervienne le pouvoir, et en ce cas le pouvoir c'est aussi bien Dieu et la révélation que l'autorité pontificale habilitée au nom de la révélation même à préciser la portée du droit divin. Telle est la conception de Gratien: un droit à la fois naturel et divin, qui (de par sa double origine) s'impose à l'homme, dont il exprime les tendances naturelles avec la plus haute autorité qui soit. Dans ces conditions les autres droits, droit des gens, droit civil ou autre ne peuvent que se conformer à ce principe suprême en dépendance duquel ils sont placés par Dieu même"[51].

Por eso, la frase gracianea que estamos analizando no es una definición. La misma construcción gramatical nos lo indica, pues no cumple las reglas propias de la definición; y ello se demuestra, además, por la forma como desarrolla esta idea Graciano en otros *dicta* –v. gr. "cum naturale ius lege et evangelio supra dicatur *comprehensum*"–, así como por su reiterada afirmación de que el Derecho natural tiene su origen *ab exordio rationalis creaturae*[52].

Nos parece más bien una remisión, como hemos dicho, a las fuentes, o supremas *auctoritates* de donde extrae la Iglesia el verdadero contenido del Derecho natural, allí donde, por usar una frase de Santo Tomás tratando del paso gracianeo, "ea quae sunt de lege naturae, plenarie [...] traduntur"[53].

---

51. *Histoire du Droit et des Institutions ...*, VII, cit., pág. 369.

52. D. Composta sostiene que, en la mente de Graciano, la frase "quod in lege et evangelio continetur" representa el *código escrito* del Derecho natural; el paso isidoriano, en cambio, define la esencia del Derecho natural. Ob. cit., págs. 170 ss.

53. I-II, q. 94, a. 4 ad 1. A veces se ha presentado este pasaje de Santo Tomás cómo una corrección o puntualización a Graciano, cuando en realidad es una respuesta frente a una interpretación exagerada de Graciano. El primer punto de la respuesta del Aquinate no hace sino repetir lo que expresamente dijera Graciano.

Es, pues, la postura lógica de quien pretende hacer un *corpus canonum* unitario y completo, precedido de un tratado de las fuentes. Nos parece que es desde esta perspectiva práctica –de jurista que habla de Derechos vigentes y aplicables–, desde donde se comprende mejor el paso gracianeo. No es el *dictum* de un filósofo, sino el de un recopilador, y recopilador del Derecho canónico.

Todo ello no es óbice para que la postura de Graciano presente flancos oscuros. Fundamentalmente puede achacársele que no hay en él una clara distinción entre Derecho natural y lo que posteriormente se llamaría Derecho divino-positivo. Pero éste es un punto que no resolvieron satisfactoriamente tampoco los autores inmediatamente posteriores. La diversidad de significados que atribuyen a la expresión *ius divinum* lo muestra a las claras. El mismo término *ius naturale* es usado en

---

El segundo punto es una demostración de por qué es ese el verdadero pensamiento del Maestro boloñés. Basta ver el texto. La dificultad reza así: "1. Dicitur enim in *Decretis*, dist. 1, quod *ius naturale est quod in Lege et in Evangelio continetur*. Sed hoc non est commune omnibus: quia, ut dicitur Rom. 10 [16], *non omnes oboediunt Evangelio*. Ergo lex naturalis non est una apud omnes". Ya se ve que hay aquí una falsa interpretación de Graciano, como se muestra por los *dicta* antes citados. Al responder, Santo Tomás se limita a exponer la tesis gracianea, con una breve glosa: "Ad primum ergo dicendum quod verbum illud non est sic intelligendum quasi omnia quae in Lege et in Evangelio continentur, sint de lege naturae [aclaración que ya hace Graciano], cum multa tradantur ibi supra naturam; sed quia ea quae sunt de lege naturae, plenarie ibi traduntur. Unde cum dixisset Gratianus quod *ius naturale est quod in Lege et in Evangelio continetur*, statim, exemplificando, subiunxit: *quo quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri*". No se trata, pues, de una corrección a Graciano, sino de una aclaración de su pensamiento. Sin embargo, hay un matiz que vale la pena resaltar. Al aclarar que no todo lo que contiene la Sagrada Escritura es de Derecho natural, Graciano se limita a distinguir los distintos tipos de preceptos (morales y místicos) contenidos en el Antiguo Testamento; Santo Tomás, más depuradamente, se refiere a la distinción entre lo natural y lo sobrenatural.

Graciano algunas veces en un sentido, que parece comprender el Derecho natural y el Derecho divino positivo. Son ambigüedades propias de la época, que no se aclararían hasta tiempos más tardíos.

LA LEY DE DIVORCIO ES UNA LEY INJUSTA

DERECHO NATURAL, DEMOCRACIA Y CULTURA*

* Conferencia pronunciada en el Colegio Mayor Montalbán de Madrid el día 2 de noviembre de 1978.

Publicado en "Persona y Derecho", VI (1979), págs. 193-211.

Hace siglos hubo un político romano, orador de arrebatada elocuencia, que en ratos de ocio obligado, compuso algunas obras de filosofía política, todavía hoy leídas, en las que se inspiraron no pocos de los que en la época moderna lucharon –tan meritoriamente– por las libertades democráticas. Como filósofo que también era, no dejó de hacerse una de las preguntas fundamentales que plantea la democracia, esa forma de gobierno, que es una preciada conquista de la humanidad: ¿es todo objeto de votos? ¿tienen límites la libertad democrática y la voluntad popular? Pregunta tan consustancial con el régimen democrático, que es la misma que se hacen muchos pensadores modernos. A la vuelta de los siglos el problema no ha cambiado. Es aquella vieja pregunta –aunque con matices nuevos– para la que cierto político español, un liberal, decía no tener respuesta. Este político no tenía respuesta porque su ideario era liberal y para el liberalismo –que no debemos confundir con la democracia– no hay ni puede haber respuesta. Pero nuestro orador romano sí la tenía. ¿Por qué el liberalismo no sabe ni puede responder a la cuestión? No tiene respuesta porque el liberalismo tiene entre sus fuentes el dogma rousseauniano de la bondad y de la infalibilidad de la voluntad general: lo que quiere la mayoría es necesariamente bueno y verdadero. Ciertamente la mayoría ha cometido, en los dos siglos que nos separan de Rousseau, los suficientes desaguisados como para que ni los más puros liberales crean ya en ese dogma. Pero siguen creyendo, si no en la bondad absoluta, al menos en la sobe-

ranía absoluta de la mayoría.

También nuestro filósofo romano creía en la democracia y en la mayoría. Pero sus maestros estoicos le descubrieron que el hombre –y por lo tanto también el pueblo– tiene un límite infranqueable, que si bien el pueblo es soberano, no lo es de modo absoluto, porque el hombre es, ciertamente, rector de sí mismo, pero antes que eso es un ser regido. No es el hombre, como quería el viejo Protágoras, la medida de todas las cosas. Es un ser libre, modelador de su destino, pero su libertad está gobernada por las exigencias objetivas de su propio ser. No es el hombre el criterio del bien y del mal, no es el pueblo el criterio de lo justo y de lo injusto; tal criterio es la ley natural.

Cicerón –que éste es nuestro romano– escribió, con la simplicidad propia de su estilo –de hace más de veinte siglos– una hermosa página al respecto, que conviene reproducir: "Es absurdo pensar que sea justo todo lo determinado por las costumbres y las leyes de los pueblos. ¿Acaso también si son leyes de tiranos? Si los Treinta Tiranos de Atenas hubieran querido imponer sus leyes, o si todos los atenienses estuvieran a gusto con las leyes tiránicas ¿iban por eso a ser justas esas leyes? Creo que no serían más justas que aquella otra que dio nuestro interrey de que el dictador pudiera matar impunemente al ciudadano que quisiera, incluso sin formarle proceso. Hay un único derecho que mantiene unida la comunidad de todos los hombres, y está constituido por una sola ley, la cual ley es el criterio justo que impera o prohíbe: el que la ignora, esté escrita o no, es injusto (...). Que si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, las decisiones de los príncipes y las sentencias de los jueces, sería justo el robo, justa la falsificación, justa la suplantación de testamentos, siempre que tuvieran a su favor los votos o los plácemes de una masa popular (...). Y es que para distinguir la ley buena de la mala no

tenemos más norma que la de la naturaleza. No sólo lo justo y lo injusto, sino también todo lo que es honesto y lo torpe se discierne por la naturaleza. La naturaleza nos dio así un sentido común, que esbozó en nuestro espíritu, para que identifiquemos lo honesto con la virtud y lo torpe con el vicio. Pensar que eso depende de la opinión de cada uno y no de la naturaleza, es cosa de loco"[1].

Claro que hoy se ha oscurecido tanto el concepto de ley natural, que no es posible tratar de la cuestión planteada sin dar un largo rodeo. Ruego al oyente que me acompañe en esta aparente divagación con su atención y cortesía; aunque el rodeo sea largo, la respuesta llegará.

1. *La ley natural*

Los fundadores de la ciencia jurídica europea –los llamados glosadores– fueron hombres en muchos aspectos geniales. Y por eso supieron escribir frases tan cortas y, a la vez, tan llenas de sentido, que la posteridad no ha podido menos que gastar bastante ingenio en meditarlas e interpretar su rico contenido. Y hay una de esas glosas que revela –contra lo escrito por algunos autores, que me atrevería a calificar de poco entendedores del alma de los medievales– un profundo conocimiento cristiano de la ley natural. Junto a los textos romanos –paganos– que nos hablan de la naturaleza como principio del *ius naturale*, la glosa en cuestión contiene una aclaración que vale por muchas páginas: "natura, idest Deus". La naturaleza, esto es, Dios. No quería con esto nuestro glosador, ni situarse en una visión panteísta de resonancias más o

1. *De legibus*, I, 15-16.

menos estoicas, ni negar que la ley natural tenga como fundamento inmediato la naturaleza humana. Su intención fue glosar un texto pagano con la luz que la revelación cristiana proyecta sobre la ley natural. Ley natural, sí, fundada en la naturaleza humana, pero en una naturaleza humana que es creatura, obra de un Dios personal, que a través de ella manifiesta su Sabiduría y sus planes amorosos de felicidad y de bien para el hombre. La ley natural, penetrando en su fundamento último, nos aparece como razón y voluntad –ley– de Dios, fruto del poder, de la sabiduría y del amor divinos.

Porque la ley natural es inclinación grabada en la naturaleza del hombre procede de la acción creadora de Dios. No es la ley natural una superestructura impuesta al hombre, individual y socialmente considerado, unos mandatos, sin duda justos y buenos, pero, en definitiva, extrínsecos a su ser. La ley natural es ley constitutiva del hombre, una dimensión de su ser en relación a su desarrollo existencial.

La ley natural enlaza con el poder creador divino, porque es una ley inherente al ser del hombre y de la sociedad. Es éste –ley del ser– un matiz que importa resaltar, porque sin él deja de tener sentido hablar de ley natural.

El desarrollo existencial de la persona humana no es, primariamente, un simple sucederse de hechos, un mero acontecer. Reducir el desarrollo existencial del hombre al mero acontecer, es uno de los más brutales vaciamientos de la vida humana, porque equivale a despojarla de su sentido. Entonces sí que sería verdad que detrás del acontecer humano, detrás de la vida del hombre, no hay más que la nada. La existencia humana, sin un sentido propio del ser mismo del hombre, no tiene bajo sí ni ante sí más que el no absoluto, en otras palabras, el vacío total. Decir, como escribía Ortega y Gasset –reflejando una tesis común a las diversas co-

rrientes existencialistas–, que el hombre no es naturaleza –y naturaleza ordenada a unos fines– sino historia, no tiene otra consecuencia lógica que la vida sin sentido. Y esto lo ha visto con gran claridad Sartre. Cualquier fin que –de ser cierta tal tesis– quisiera el hombre ponerse como sentido de su existencia, sería pura artificialidad –por ser creación del hombre, sin base ontológica–, que al final no resultaría ser más que una máscara de cartón, o un ensueño vacío, sin otra realidad que el despertar en la frustación, como producto de la alienación más completa.

No es pura casualidad, ni sólo producto de la sofisticada artificiosidad de tantos aspectos de nuestra civilización, que la causa principal de alteraciones psicológicas sea hoy la "frustración existencial", como ha puesto de relieve, más de una ocasión, el insigne psiquiatra austríaco Viktor Frankl[2]. He aquí que una civilización que ha pretendido poner en primer plano la existencia, ha recogido la cosecha de la frustración existencial más profunda. Y es que ha cometido el más grave error en el que podía haber incurrido: olvidar que la existencia presupone la esencia. Vaciar la existencia de esencia, de naturaleza y de ley natural, es vaciar la misma existencia.

El orden moral –cuya expresión y principio rector es la ley natural– no puede entenderse, pues, como un orden extrínseco al hombre, porque es la dimensión orden del hombre como persona; en palabras de Del Portillo[3], es el conjunto de exigencias que derivan de la estructura óntica del hombre en cuanto es un ser personal. Del mismo modo, el Derecho natural representa la regla fundamental de la sociedad en cuanto humana. Es

2. Vide, p. e., V. E. FRANKL, *Aggression und existentielle Frustration*, en "Persona y Derecho", III (1976), págs. 265 ss.

3. A. DEL PORTILLO, *Moral y Derecho*, en "Persona y Derecho", I (1974), pág. 494.

ahí donde, del modo más radical y profundo, se entabla en cada hombre y en cada sociedad, el famoso dilema hamletiano: ser o no ser.

Quizás algún oyente piense que me estoy yendo por las ramas. Tiene razón, aunque creo que más bien me he estado yendo por las raíces. En todo caso, ha sido una divagación calculada, porque esta es la idea que deseo poner sobre todo de relieve: que la ley natural es orden del ser del hombre y de la sociedad, el camino recto de nuestra perfección personal y social. Seguir o no seguir la ley natural, en nuestra vida personal y en la vida social, representa un radical ser o no ser, perfecccionarse o degradarse.

2. *Democracia y ley natural*

Después de todo cuanto llevo dicho, es muy posible que ustedes piensen que soy partidario de la ley natural, y quizá me encuentre en el riesgo de que me ocurra algo semejante a lo sucedido al predicador de la conocida y vieja anécdota –no la voy a repetir porque es muy conocida– uno de cuyos oyentes, a la pregunta de un curioso sobre qué había dicho sobre el pecado, resumió su sermón con la frase: "Pues que no es partidario".

Probablemente estoy en el peligro de que, al menos mentalmente, pueda alguien resumir cuanto he dicho hasta ahora sobre la ley natural con la frase contraria: "Es partidario". Pues no, una de las cosas que me interesa dejar bien claro es que yo no soy partidario de la ley natural. Y por si acaso la conjunción negativa no ha quedado clara, quiero volver a repetirlo: *no* soy partidario de la ley natural. Es más, entiendo que nadie puede ser partidario de la ley natural.

Y me parece tanto más importante que esto quede

claro, porque uno de los rasgos más acusados de la llamada mentalidad moderna es reducir el ámbito de los valores y los bienes supremos del hombre a cuestión de partidismo. Se trata, en definitiva, del relativismo, de la actitud que reduce –en el ámbito indicado– la verdad a una opinión, la certeza a un parecer, los valores objetivos a valores subjetivos. En esta línea de pensamiento sí que hay partidarios, si no propiamente de la ley natural, sí del Derecho natural: Stammler, Kaufmann o Maihoffer, pueden citarse como representantes de esta dirección.

Confío en que hayan adivinado el sentido de mi negativa a ser incluido entre los partidarios de la ley natural. No soy partidario de la ley natural, porque ésta pertenece al campo de la verdad y no de la opinión; de la ciencia, no de la opción; de la objetividad, no de la subjetividad. No es cuestión de partidismo, sino de certeza, de estudio y de conocimiento. La ley natural está fuera de todo partidismo; se puede seguir o rechazar, se puede afirmar –se debe diría yo– o se puede negar, pero no es de suyo objeto de opiniones ni de banderías. Yo tengo la certeza –por razón natural y por revelación divina– de que existe la ley natural. Sé, pues, que existe, no opino que existe, estoy cierto de ello. Y porque no opino, no soy partidario, que es adjetivo de opinión.

Punto éste que enlaza directamente con el tema planteado al principio. Ni la ley natural en bloque ni sus contenidos concretos son objeto de votos. A nadie se le ocurre poner a votación cuánto son dos y dos; o si no queremos aludir a cosas evidentes podemos acudir a la teoría de la relatividad, a la geometría euclidiana o a la física cuántica.

Las verdades objetivas no son producto de convenciones mayoritarias sino de estudio y de conocimiento de la realidad. ¿No es ridículo pensar que una verdad filosófica o científica pueda obtenerse por pactos o conve-

nios? No muchos años antes de Jesucristo, cierto procónsul romano intentó algo parecido y vean cómo lo narra Cicerón en su diálogo sobre las leyes: "Porque recuerdo haber oído contar a mi admirado Fedro, en Atenas, que tu amigo Gelio, al venir como procónsul a Grecia, después de haber sido pretor, conoció en una reunión a todos los filósofos que había entonces en Atenas y que, con mucha insistencia, les propuso la idea de acabar de una vez con sus controversias: que si no estaban dispuestos a malgastar toda su vida en disputas, podría llegarse a un consenso, y que él les prometía su ayuda, por si era posible llegar a algún acuerdo. Eso sí que fue cosa de risa, Pomponio, y de la que siempre se burló todo el mundo"[4].

El Derecho natural representa la objetividad de una regla de conducta y de una exigencia de justicia, que es inherente a la persona humana. No es objeto de opinión o de opción -repito- sino de conocimiento y de estudio; no es elección, sino verdad. Viene aquí como anillo al dedo un consejo de la Sagrada Escritura: "No sigas la muchedumbre para obrar mal, ni en el juicio te acomodes al parecer del mayor número, si con ello te desvías de la verdad"[5].

Los congresos científicos están llenos de discusiones, pero hasta ahora, que yo sepa, nunca se ha sometido a votación una teoría científica o el resultado de una investigación para determinar su verdad o su falsedad.

La ley natural pertenece al orden del ser, decíamos al principio; pertenece, pues, al orden de las realidades objetivas, de la ciencia. En otras palabras, la ley natural no es objeto de votaciones. La democracia es una forma de gobierno buena -sin duda la mejor y más deseable en

---

4. *De legibus*, I, 20.

5. *Ex* 23, 2.

nuestro contexto cultural– fundada, al igual que otras formas lícitas, en la ley natural. Es esta ley la que posibilita la democracia, porque la democracia se basa en la naturaleza del hombre y de la sociedad. Porque la democracia se funda en la ley natural, cuando de ella se separa, se corrompe y se transforma en esa corruptela que es la demagogia.

Una ley democráticamente establecida, si es contraria a la ley natural, es una injusticia y una tiranía (en realidad, no es democracia sino demagogia). Cuando hablamos de totalitarismos, de opresiones, de abusos de poder o de tiranía, tenemos una especial tendencia a imaginarnos a una persona o grupo minoritario de personas que impone la fuerza, la violencia –la injusticia en otras palabras– a la gran masa de la población. Y olvidamos que todo ello puede ser ejercido igualmente por un Parlamento o por una mayoría.

Negar esto, conceder a la democracia el carisma creador de la justicia y de la moral, es trastocar los términos del problema y manipular el término democracia, dándole un sentido que no es el propio.

Democracia es, propiamente, nombre de forma de gobierno. Forma, no contenido. Se refiere a la forma de acceder los gobernantes al poder, a la forma de dictar las leyes, a la forma de controlar el ejercicio del poder. Pero la forma no altera el contenido. Cuando afirmamos que las leyes positivas deben ser conformes a la ley natural aludimos a su contenido, y ello es válido, tanto para la ley dictada por un gobernante, como para la aprobada por un Parlamento o la establecida por referéndum o plebiscito. A todas las leyes, cualquier que sea la forma de su establecimiento, es aplicable que deben ser justas. No sólo el gobernante puede ser injusto, también lo puede ser el pueblo en su conjunto.

La democracia, no menos que el gobierno personal, está sometida a la ley impresa en la naturaleza. He aquí

el radical sinsentido de someter a votación normas o principios de Derecho natural. El divorcio democrático, el aborto democrático o una no menos democrática discriminación racial, serán democráticos, pero no dejarán de ser sinrazones, asesinatos e injusticias, y más que democráticos habrá que llamarlos demagógicos.

Hablaba antes de una manipulación de la palabra democracia; y, en efecto, cuando de la forma se pasa al contenido –como es tantas veces habitual en nuestros días– hay en realidad un enmascaramiento de fondo de la cuestión. Porque se llama democracia a otra cosa distinta: al relativismo y al antropocentrismo; al indiferentismo y al liberalismo; al socialismo y al permisivismo. No entro en problemas políticos concretos, que no son de mi incumbencia en estos momentos. Sí debo entrar, y lo estoy haciendo, en temas de filosofía jurídica y política. También la democracia está sometida a la ley natural; la forma democrática de gobierno está para el amplísimo campo del legítimo pluralismo de la sociedad; para el ancho espacio de las legítimas opciones y opiniones, donde no hay dogmas. Pero no está para aquellas cosas que no son objeto de opinión ni de opción.

3. *Democracia y libertad de enseñanza*

No se me ocultan los graves problemas que la aplicación de este principio presenta de hecho a la democracia en cualquier sociedad. ¿Cómo garantizar el respeto de la ley natural si la ordenación de la sociedad depende, en último término, de las decisiones del pueblo? ¿Cómo limitar de hecho la soberanía de la voluntad popular, si es esa voluntad la que ha de establecer dichos límites? El problema planteado –no se les oculta a Vds.– es de importancia decisiva. De no garantizarse el respeto

a la ley natural, la democracia contendrá en sí el germen de su propia destrucción, de su inexorable conversión en demagogia –es decir, en forma de gobierno que lesione, por su dinámica, al bien común–, mientras el contexto social no tenga como base irrenunciable la ley natural.

Ya decía antes que la ley natural, por ser ley objetiva del ser humano, no es quebrantada sin que el hombre y la sociedad se degraden. Por eso, una democracia, en una sociedad que no respete los valores objetivos, será cauce, no de gobierno sino de desgobierno, no de desarrollo social sino de corrupción de la sociedad, no de la libertad sino del permisivismo, no del progreso sino del regreso a formas salvajes de vida. Más que democracia, será demagogia.

Sustituir la ley natural por los dictados de la mayoría y, por tanto, extender la democracia al sistema de reglas y valores fundamentales que han de regir la vida social en cuanto organizada en Estado, deja a la democracia desamparada frente a las fuerzas disolventes de la sociedad y de ella misma. Pero, sobre todo, deja a la democracia sin su última y más básica fundamentación.

Si –como pretende el liberalismo de rancio abolengo– todo se funda en la prevalencia de los votos, ¿en qué se fundamenta la democracia? La respuesta es tan obvia como inquietante: se funda en ella misma. Y digo que es inquietante, porque esto significa que carece de fundamento fuera de la pura voluntad del pueblo, a la que habría que calificar de arbitraria por cuanto carecería de un fundamento ulterior. Y a la voluntad arbitraria del hombre en política se la llama tiranía. De donde resultaría, paradójicamente, que la democracia no sería otra cosa que la forma menos desagradable de tiranía. Afortundamente la democracia no es eso; lejos de ser la forma menos mala de tiranía, de suyo es –o al menos puede ser– una excelente forma de gobierno.

Para los grandes clásicos de la filosofía política ante-

riores al liberalismo, la democracia tiene un fundamento sólido y claro: el Derecho natural, sobre el que se asienta la voluntad del pueblo de constituirse en democracia en lugar de otras formas, en sí mismas igualmente posibles; en versión de la teología, diríamos que todo poder, de modo último y radical, tiene su origen en Dios. Esto significa que, tanto desde el punto de vista filosófico, como desde el teológico, hay una clara distinción entre uso y abuso de poder, entre poder legítimo y tiranía. Y, al propio tiempo, que el Derecho natural es fundamento de la democracia –no como forma de gobierno necesaria, pero sí como forma posible– y en consecuencia anterior a ella e intangible por ella. El liberalismo originario, por el contrario, al quitar a la democracia su fundamento trascendente, desdibuja los límites entre legitimidad y tiranía y desguarnece a la democracia frente al riesgo de una desnaturalizada libertad.

¿Qué solución hay, entonces, para sacar a la democracia de esta situación crítica en la que se encuentra? No hay, digámoslo ante todo, una solución política; pretender buscarla sería querer encontrar esa especie de cuadratura del círculo que los antiguos expresaban con el dicho "*Quis custodiet custodes*? ¿quién guardará a los guardianes? Pero, además, cualquier intento de solución política sería contradictorio con la misma democracia, pues tal solución consistiría en la instauración de una especie de democracia *limitada*, esto es, mediante la sustracción a la decisión popular del campo de valores que se considera intangible. Ni de hecho ni teóricamente esta solución parece posible. No sólo el contexto social no admitiría tal solución, sino que tampoco eso seria verdadera democracia. Tanto en el campo personal como en el terreno político, la libertad humana comporta que se corra el riesgo de la libertad; es el hombre y la sociedad quienes deben asumir, en el acto más íntimo y más propiamente humano, los valores éticos, morales, y la ley natural. Y la democracia es una forma de gobierno –legítima– que

otorga al cuerpo social entero el ejercicio de esa asunción. Quien no quiera correr el riesgo de la libertad o entienda que los tiempos no están para correrlo, que no aspire a la democracia. La democracia *limitada*, no es, a mi juicio, una verdadera democracia.

No habiendo –no pudiendo haber– una solución política al problema planteado, hay, sin embargo, una solución, postulada por lo que es y representa la democracia: una solución social, que Vds. sin duda habrán adivinado: el pueblo debidamente educado, la cultura y, como transmisión de ella, la enseñanza. Dicho en breves palabras, la única solución es la educación de la sociedad en el bien y en los valores.

Claro que para que esto sea posible, la clave reside en que la enseñanza esté en manos de la sociedad y no del Estado, lo que equivale a decir, con otras palabras, que la clave está en la libertad de enseñanza.

La libertad de enseñanza, como derecho natural que es, debe ser respetada en cualquier forma legítima de gobierno, pero en un régimen democrático adquiere una importancia suprema por la misma concepción de la democracia.

Examinamos, como segunda parte de esta exposición, el tema que acabo de enunciar, refiriéndolo, claro está, a la democracia moderna.

Aunque parezca innecesario por obvio, no es inoportuno comenzar recordando cuál es la idea central que configura la democracia moderna: volver una y otra vez a los principios fundamentales es –en definitiva– la sana y prudente regla del buen gobierno que recogió la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia. La democracia en sentido actual –el que aparece en el siglo XVIII– es, ciertamente, una forma de gobierno en la que el pueblo designa a sus gobernantes; pero es también –y principalmente– un *régimen de libertad*. Sin libertades

personales y, de modo fundamental, sin la libertad de ser persona —en el sentido propio de esta palabra— no hay democracia, aunque haya votaciones. Sólo por votar no se es persona, ni las elecciones son la democracia; ambas cosas son instrumentos para la libertad y para la democracia, mas no son la democracia ni la libertad.

Un pueblo manipulado, unos ciudadanos masificados, por mucho que participen en asambleas y votaciones no forman un pueblo libre, ni son ciudadanos que vivan en libertad. Son marionetas del grupo manipulador, que convierte el régimen político en una dictadura oligárquica, aunque tenga la máscara de una democracia.

Por eso es regla elemental de una verdadera democracia el respeto a la libertad de pensamiento filosófico, científico y cultural y, con ella, la libertad de comunicacion, de palabra. No sin razón, las Naciones Unidas acogieron como piezas clave de la Declaración de Derechos Humanos las cuatro libertades con cuyo enunciado Roosevelt resumió el ideario de los aliados en su lucha contra el totalitarismo: la libertad de palabra y de expresión, la libertad religiosa, la libertad de vivir sin miedo y la libertad de vivir a cubierto de la necesidad. Alguna de estas libertades, es cierto, pueden ser entendidas de modo incorrecto como lo ha hecho la filosofía liberal. Pero tienen también un modo correcto de entenderse y aplicarse.

He aquí un principio fundamental: no hay sociedad libre si la cultura y su transmisión están en manos del poder. Si el Estado se convierte en el sujeto de la cultura y en sus manos está el medio de su transmisión, que es la enseñanza, no es posible el hombre libre. Para construir una sociedad verdaderamente libre es indispensable que la ciencia y la cultura estén en manos de la propia sociedad. Esto es lo que, en su radicalidad, quieren decir las libertades sobre el pensamiento filosófico, científico y cultural, la libertad de las conciencias y la libertad religiosa. Los sistemas culturales, la ciencia, la decisión de

vivir según conciencia, el culto a Dios pertenecen a la persona, no al Estado, porque son aspectos de un derecho que está en la raíz de todos ellos: el derecho a ser persona.

Que tales libertades las tiene como propias la persona humana, lo muestra el hecho fundamental de que el Estado no es el sujeto de la cultura –del pensamiento–, de la conciencia moral, ni del acto radical de adhesión del hombre a Dios. Es el hombre, personalmente, su sujeto: quien piensa, quien tiene conciencia, quien primeramente está relacionado con Dios. Del hombre vienen y al hombre van. De la cultura, de la moralidad, de la religión, el Estado no es agente, sino receptor. El Estado es también auxiliador, pero ayudando a la libertad, no sustituyéndola. De lo contrario, los términos se invierten: el Estado es agente y el hombre es receptor; entonces la libertad ha sido segada de raíz y la personalidad del hombre se esfuma.

Las libertades de pensamiento filosófico y científico, de las conciencias y religiosa, la libertad cultural en una palabra, tampoco son –políticamente hablando– libertades residuales. Se las concibe como libertades residuales cuando se entienden como meras ausencias de coacción, en cuya virtud el Estado no coaccionaría a quienes no siguiesen la cultura y las concepciones ofrecidas desde las estructuras oficiales. Esto no es libertad, sino simple tolerancia. Para una sociedad libre es necesario que la cultura y su transmisión estén en posesión de la sociedad y no del Estado. En el caso de las libertades a que nos referimos, derecho o libertad significa que el sujeto de esos bienes –y por consiguiente de su transmisión– no es el Estado, sino la persona. Significa que el sistema de ideas, de cultura, de ciencia y de moralidad pertenecen a la persona y a su libre desarrollo. No hay peor encadenamiento de la persona y de la sociedad que el dirigismo cultural, o sea atribuir al Estado la función de dirigir la cultura y su transmisión.

La ilación entre las libertades nucleares enunciadas y la libertad de enseñanza es clara. Enseñar y educar no es otra cosa que transmitir el sistema de ideas, de cultura, de ciencia, de moralidad y de religión. Por consiguiente, las libertades de cultura, de las conciencias y religiosa quedan gravemente cercenadas –y reducidas a la triste condición de libertades residuales– sin verdadera libertad de enseñanza, lo que quiere decir que la enseñanza debe estar en manos de la sociedad, o sea, de los ciudadanos. Conclusión evidente: si el sujeto y agente de la cultura, de la moralidad y de la religión es el hombre y no el Estado, el sujeto y agente de la enseñanza es la persona, no el Estado. La transformación del Estado en sujeto y agente de la enseñanza, tanto cercenará la libertad cuanto suponga hacerse sujeto y agente primero y principal de la cultura.

La libertad de enseñanza no es, pues, un tema más o menos importante, sino un punto capital de la construcción y organización de una sociedad libre y de la estructuración política de una democracia en sentido moderno, es decir, de un régimen democrático de la libertad.

Y advierto, para evitar equívocos, que esto no significa el desarme ideológico del Estado, punto importante en el que no puedo detenerme ahora; significa sencillamente que las ideas no van del Estado a la sociedad, sino de la sociedad al Estado. Y a eso se le llama sociedad libre.

Hay quienes piensan que la democracia postula un Estado *neutro*, idea, no por vieja menos peregrina, que falsifica la democracia, porque contradice la esencia misma de la democracia. Estado neutro en efecto, o equivale a Estado *vacío* de cultura y de moral, o equivale –y es lo que más frecuentemente ocurre– a Estado relativista y agnóstico, esto es, confesionalmente laico. Si de lo primero se trata, quiere decir que se ha roto la pieza básica del sistema democrático: el paso de las opciones y

corrientes sociales a las estructuras de gobierno. Lo que caracteriza la democracia es que las instancias ideológicas se generan en el pueblo y de ahí moldean las instituciones, el gobierno y el Estado. Un Estado democrático no puede ser un Estado vacío –neutro–, salvo cuando de una sociedad vacía de ideas se tratase. Sólo rompiendo los cauces de trasvase de las instancias ideológicas –de las concepciones filosóficas, culturales, éticas– entre sociedad y Estado, puede éste quedarse vacío; pero esta ruptura equivale a romper un factor básico de la democracia.

A su vez, un Estado neutro, en el sentido de *laico* –aparte de no ser neutro sino confesional, de confesionalidad laica– sólo tiene sentido en una democracia si el pueblo es, en su mayoría políticamente decisoria, *laico*. Pero en una sociedad minoritariamente laica o no socialmente laica, es claro que el Estado sólo será laico por una vía no democrática, pues es evidente que, en tal supuesto, no hay correlación ideológica entre Estado y sociedad, que es lo esencial de la democracia; luego el laicismo habrá debido de imponerse por una vía no democrática (oligárquica; v. gr., una oligarquía intelectual). La pieza de la neutralidad del Estado –en el sentido de laicismo– entendida como rasgo impuesto a su constitución es una pieza limitadora de la democracia, por cuanto rompe la ósmosis ideológica que debe existir entre sociedad y Estado. Lo democrático es que el Estado sea reflejo de la sociedad. Si la sociedad no es laicista, ¿cómo en una democracia el Estado puede serlo?

La verdadera estructura democrática rechaza la neutralidad laicista del Estado; éste no debe estar constituido –cuando tiene la forma democrática– ni en neutral-laico ni bajo cualquier otra forma de "confesionalidad" cultural, moral o religiosa que impida la correlación Estado-Sociedad. Lo que pide la democracia es el Estado posibilitador de la libertad y el Estado *abierto* a la realidad social. Y esto es tanto más necesario en una sociedad

plural, donde cabe que accedan al poder distintos grupos ideológicos. Hay quien piensa que la pluralidad social significa un Estado conformado de acuerdo con una especie de sincretismo medio. Pero esto no es lo democrático, pues la democracia es una forma de organización del Estado en la que la sociedad se desarrolle libre y plenamente; por ello lo democrático es que su organización permita el acceso al poder de las corrientes mayoritarias, las cuales desarrollen su programa de gobierno tanto más plenamente cuanto más mayoritarias sean, siempre respetando la libertad de las minorías. Si algo pide la democracia es la *autenticidad* del gobierno –es el pueblo el que se manifiesta auténticamente a través del gobierno libremente elegido–, siendo esto imposible si éste se viese obligado por una pieza constitucional *sincretizadora* a sustituir su ideario por un gelatinoso sincretismo.

Tres son, pues, las piezas fundamentales de la democracia: a) el Estado *abierto*; b) la posibilidad de acceso al poder de distintas opciones y corrientes; c) la libertad de mayorías y minorías. Y todo ello postula lo antes dicho: que las ideas no vayan –primariamente– del Estado a la sociedad, sino de la sociedad al Estado. De ahí la importancia capital de las libertades en el pensamiento, de las conciencias y religiosa. Son una exigencia de autenticidad democrática. Y como corolario, la importancia capital de la libertad de enseñanza; es también exigencia de autenticidad democrática.

Sin libertad de enseñanza no hay libertad de pensamiento y de conciencia; hay, en cambio, dirigismo cultural, pretensión de imponer desde el Estado una determinada concepción del mundo, del hombre y de la sociedad. Sin libertad de enseñanza no hay verdadera democracia ni sociedad libre. En todo caso habrá votaciones y asambleas, pero no libertad.

La libertad de enseñanza –decía– está al servicio de la libertad de concepciones culturales y de las conciencias,

es su corolario necesario. Por lo tanto, carece de sentido, o más bien constituye un atentado frontal a esas libertades, no garantizar y sobre todo imponer una regulación de la iniciativa ciudadana que yugule, dificulte o haga muy difícil el mantenimiento de las convicciones filosóficas, morales y religiosas que constituyen el ideario de la escuela y lo que, frecuentemente, ha motivado su creación. En tales supuestos, no hay respeto a la libertad de enseñanza, como no lo hay a las libertades de pensamiento y de conciencia. Quienes crean un centro de enseñanza han de tener en sus manos los resortes de su dirección.

Nada de lo dicho debe interpretarse en el sentido de que el Estado deba desentenderse de la enseñanza y de la educación. Conlleva, sin embargo, que el Estado asuma su propio papel sin invadir el de la sociedad. Y este papel del Estado es el mismo que el que tiene respecto de las demás libertades: el Estado debe reconocer, garantizar y regular el ejercicio de la libertad de enseñanza.

Ante todo, reconocerla, y esto se hace, como paso imprescindible, asumiéndola como base de toda la legislación educativa y como principio fundamental del gobierno en materia de enseñanza. Ciertamente el Estado puede, y debe, asumir metas y objetivos concretos en el campo de la enseñanza, sin limitarse sólo a reconocer la libertad: puede ordenar esta materia, puede –y debe– ponerla al alcance de todos, pero todo ello ha de hacerse en función y en servicio de la libertad de enseñanza.

En segundo lugar, garantizándola, o dicho de otro modo, posibilitando su ejercicio. Y es aquí donde entra, en las circunstancias actuales, la necesaria ayuda del Estado a los ciudadanos, lo cual supone no limitarse a reconocer la libertad de enseñanza como una libertad meramente *formal*, sino sobre todo, como una libertad *real*.

4. La iniciativa privada

Es en este punto donde quisiera hacer unas pocas observaciones para precisar, con brevedad pero con la necesaria claridad, mi pensamiento.

Tengo la impresión de que el pensamiento político actual se ha encerrado –en su concepción del Estado y de sus funciones– en una vía muerta y que la práctica política, de consuno con la filosofía social, está dando muestras de una notable falta de imaginación y de inventiva. Me parece que ambos, pese a los deseos de modernizar sus concepciones y sus opciones, son epígonos de una dialéctica histórica, inaugurada en el siglo XVIII y hoy estéril y caduca: o individualismo o colectivismo. O iniciativa privada o iniciativa estatal.

El individualismo –por otro nombre el liberalismo originario– contempla la sociedad como la coexistencia más o menos pacífica de ámbitos individuales que buscan su propio interés. En palabras de los filósofos liberales de mayor renombre, ámbitos individuales que buscan su propia felicidad. Se escinde así la actividad humana en dos grandes esferas de intereses, cuyos titulares son distintos: el interés personal o ámbito privado, cuyo titular y responsable es la persona; y el interés general o ámbito público, cuyo único titular y responsable sería el Estado. Desde esta perspectiva, la iniciativa privada es vista como una actividad directamente ordenada al bien particular, teñida de egocentrismo, aunque, al menos en ciertos aspectos, se trate de un egocentrismo noble, necesario y bueno. ¿Quién negará nobleza y bondad al afán del padre de familia por sacar adelante a sus hijos? Claro que, en ocasiones, se tratará de ese egoísmo que convierte al hombre en lobo para el hombre, o al menos en el hombre que se niega a ser guardián de su hermano.

Es bien sabido, además, que, para estos modos de entender la sociedad como coexistencia de individualismos, el Estado queda reducido a la flaca condición del Estado-guardián o Estado-gendarme; si acaso, se admitirá un proteccionsimo defensivo de los particulares, que en nada palia la radical insolidaridad con que es entendida --con una visión deformadora– la iniciativa privada.

La alternativa colectivista, que históricamente nació casi simultáneamente con la que acabamos de exponer, bajo el nombre de socialismo, parte de la misma escisión entre el interés personal o ámbito privado y el interés general o ámbito público. Llega en cambio, a la solución opuesta. Pues la acción del individuo es insolidaria –vienen a decir– el ámbito público, cuyo titular y responsable es el Estado, debe absorber totalmente al individuo, reducido a ser una mera parte del todo social. Uno de los primeros colectivistas, Morelly, anterior incluso a los que Marx llamó socialistas utópicos, escribía en 1755 que el interés particular y, en consecuencia, la propiedad privada eran una peste universal, fuentes de todos los vicios y de todos los males. Según su proyecto, que él presentaba como ley fundamental y sagrada de la naturaleza, todo ciudadano debía ser hombre público, sostenido, mantenido y ocupado a expensas del Estado. Para el colectivismo, el Estado es un Estado absorbente.

Individualismo o colectivismo, Estado-gendarme o Estado-absorbente: he aquí una dialéctica en la que la gran víctima es la libre acción ciudadana en beneficio del interés general o bien común. Incomprendida y adulterada en la visión individualista; incomprendida y suprimida en la concepción colectivista.

El encerramiento en esta dialéctica es aquella falta de imaginación política a la que antes me he referido. A mi parecer, lo que postula nuestro tiempo es ua nueva concepción de las funciones del Estado y una purificación de aquella iniciativa privada que lo necesite.

Lo que reclama nuestra época es, por una parte, una iniciativa y una acción ciudadanas solidarias y socialmente responsables; y, por otra, el Estado posibilitador, en cuanto haga falta, de esa iniciativa y de esa acción, mediante la ayuda y el aporte de los bienes necesarios. Esta es, entiendo, la clave para construir una sociedad libre.

No es infrecuente que las palabras que expresan grandes principios, a fuerza de ser manipuladas o utilizadas con visión estrecha, terminen por ser entendidas de modo incorrecto o vaciadas parcialmente de su significación plena; y no podemos negar que algo de esto ha ocurrido con la expresión "iniciativa privada". Son muchos los que la entienden hoy como perteneciente al mundo de las actividades mercantiles y económicas o poco más. Y sin embargo, la iniciativa privada abarca casi todos los campos de la actividad humana y constituye uno de los principios basilares de la recta organización de la sociedad.

Urge, en consecuencia, devolver a la iniciativa privada todo su sentido, para que, mejor conocida, sea más respetada. Si quisiera en pocas palabras mostrar el inmenso panorama que encierra y sus potencialidades, la definiría como el cojunto de actividades en orden al bien común de la sociedad, que nacen de las energías de las personas y son sostenidas por las personas.

Vista desde esta óptica –y sin caer en excesos panegíricos, que serían tan injustos como perniciosos–, fácilmente se comprende que la iniciativa privada ha sido el gran motor del progreso de la sociedad. Las ciencias, las artes, el comercio, la industria, la cultura, las Universidades y tantas cosas más han nacido de la iniciativa privada y de ella han recibido durante siglos la savia fecundante y la protección necesaria.

La iniciativa privada no es el resultado de una circunstancia histórica más o menos feliz, sino energía y

actividad que nace de la ley natural. El principio de subsidiariedad, defendido reiteradamente por el Magisterio de la Iglesia y hoy aceptado incluso por ciertas corrientes del socialismo liberal, no es otra cosa que la enseñanza y la defensa de que la ley natural es el origen de la iniciativa privada y, por ello, su respeto es uno de los principios básicos de la recta organización de la sociedad. Pero si esto es así, no podemos entenderla más que como el resultado de la captación de ley natural, que es orden querido por Dios y, en consecuencia, como resultado de una recta conciencia ciudadana. Ciudadano, porque su finalidad es el bien común; recta conciencia, porque ha de ser resultado de la preocupación, no por el bien privado y personal, sino por el bien de los demás. En otras palabras, ha de ser el resultado del amor a todos los hombres y de la decisión de afrontar –con todos los riesgos y sacrificios que ello comporta– los problemas de la sociedad.

La recta conciencia ciudadana comporta salir de sí mismo, de los límites de la propia vida personal para proyectarse en la solución de los problemas sociales y en la promoción del bien común. Es ahí donde radica uno de los principales títulos de legitimidad –hay otros– de la iniciativa privada, porque ser buen ciudadano no consiste en limitarse a cumplir las leyes o los deberes políticos cuando el Estado llama a cumplirlos. La buena ciudadanía es, sobre todo, la iniciativa, la positiva contribución con hechos al progreso de la sociedad y a la resolución de los problemas planteados. Es así como se abre esa amplia panorámica a que antes he hecho referencia: enseñanza, arte, cultura, industria, comercio, promoción humana, deporte, descanso, ciencia, etc.

Es tendencia enraizada distinguir –y la distinción es verdadera–, entre bien privado y bien común, a la vez que señalar a uno y otro como los campos respectivos de la iniciativa privada y de la acción estatal. Y en esto

segundo es donde reside el fallo. La iniciativa privada no es sólo ni principalmente la acción al servicio del bien privado. Su nobleza y su carácter fundante del principio de subsidiariedad residen en su servicio al bien común, porque el bien común no es sólo fin del Estado, sino –y principalmente–, el fin de la sociedad, que por ley natural formamos todos. El bien común de la sociedad es nuestro bien; no hay problemas y dificultades, bienes o calamidades públicas que no nos afecten; la identidad de intereses con el resto de los hombres no permite que nos separe ninguna barrera.

Es más, el bien común es, como fin propio de la sociedad, el vínculo social básico que nos une; la sociedad es la unión de todos en esa tarea común. Se trata de comprender que, a nivel de nación o de comunidad internacional ocurre lo mismo que en las sociedades menores. Quienes se unen en una sociedad lo hacen para sacar adelante el bien común y la búsqueda del interés general. El titular del bien común y del interés general no es sólo el Estado, lo son principalmente los ciudadanos y lo es, por consiguiente, la acción ciudadana o iniciativa privada. La purificación de la iniciativa privada reside sobre todo en que sus protagonistas mejoren su visión con el colirio de la trascendentalidad de su misión: poner todas estas actividades al servicio del bien común de la sociedad. Cosa sencilla y prácticamehte conseguida en las obras no lucrativas, en las que suelen llamarse obras sociales.

Mucho más difícil, casi tarea de titanes, es –como se comprende enseguida– hacer entender que las tareas lucrativas son y han de ser primariamente tareas al servicio del bien común y que el lucro obtenido no está sólo para el disfrute personal, sino también para el bien de la sociedad. En este punto confluyen dos aspectos de capital importancia. En primer lugar, que el egoísmo y el interés –que conduce tantas veces a la injusticia– es lo

que da el golpe mortal a la iniciativa privada. En segundo término, y con ello nos elevamos a un plano superior, que la perfección de toda tarea humana –de acuerdo con la ley natural– reside en que sea realizada en servicio de los hombres, en que se ordene al progreso de la sociedad.

Responsabilidad social de la iniciativa privada y Estado garante y posibilitador de esa iniciativa son los dos aspectos complementarios para una sociedad auténticamente libre y solidaria. Libre, porque la primacía se atribuye al verdadero protagonista de la vida social, que es la persona, y a su autonomía. Solidaria, porque la acción ciudadana se ordena al bien común, que es el bien de todos.

5. *Conclusión*

Por eso decía antes que la libertad de enseñanza no puede quedarse en una libertad meramente formal. Su garantía por parte del Estado postula la necesaria ayuda, su conversión en libertad real. No entender esto, es encerrarse –lo repito una vez más– en una falta de imaginación política, cuando no constituye un ataque a la libertad de las conciencias y, en consecuencia, a la tarea de construir una sociedad en la libertad, en la justicia y en la solidaridad.

LO NUEVO Y LO VIEJO EN LA HIPÓTESIS "ETIAMSI DAREMUS" DE GROCIO

Publicado en "Anuario de Filosofía del Derecho", nueva serie, I (1984), págs. 285-300.

1. INTRODUCCIÓN

Grocio es, sin duda, una figura destacada en la historia del derecho natural. Ciertamente su fama ha pasado por diversas vicisitudes y sus méritos han sido discutidos. A Grocio se le ha calificado desde fundador de la ciencia moderna del derecho natural –y fundador de la ciencia del derecho internacional– hasta de epígono de la Escolástica española de los siglos XVI y XVII[1]. A mi parecer es innegable que Grocio debe su fama a lo que su pensamiento tiene de nuevo. No digo nuevo como si supusiese una ruptura con el pensamiento precedente; Grocio no tuvo vocación ni talante "rupturistas" y son muchos los lazos que le unen con la tradición anterior[2].

---

1. Sobre Grocio hay bastante bibliografía, que puede verse recogida en J. TER MEVLEN-P. J. J. DIERMANSE, *Bibliographie des écrits sur Hugo Grotius imprimés au XVII siècle* (The Hague 1961); H. C. ROGGE, *Bibliotheca Grotiana* (The Hague 1883); M. BERLJAK, *Il diritto naturale e il suo rapporto con la divinità in Ugo Grozio* (Roma 1978) pp. 137 ss.; A. TRUYOL, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, II, *Del Renacimiento a Kant* (Madrid 1975), pp. 154 ss.; G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, II, *L'età moderna*, 2ª ed. (Bologna 1972), pp. 427 s.

2. Vide, entre otros, R. LABROUSSE, *Il problema della originalità di Grozio*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXVIII (1951), pp. 1 ss. G. AMBROSETTI, *I presupposti teologici e speculativi delle concezione giuridiche di Grozio* (Bologna 1955); A. CORSANO, *Ugo Grozio, l'umanista, il teologo, il giurista* (Bari 1948); F. de

Pero fue un hombre que, en su obra *De Iure Belli ac Pacis*, supo dar con la forma adecuada de presentar temas de actualidad en clave "moderna", o sea, según algunas de aquellas grandes líneas de pensamiento que más adelante iban a configurar una parte importante de la cultura europea. En otras palabras, Grocio, aunque hunde sus raíces en la tradición, es un pensador que no se inscribe en la línea católica y escolástica –predominante todavía no muchos años antes que él–, sino en la nueva cultura de raíz protestante. Esta nueva cultura, unida al laicismo, conformaría aquella parte del pensamiento moderno que iba a predominar en Europa los siglos siguientes.

Un ejemplo bien claro es el tratado del matrimonio que se encuentra en el *De Iure Belli ac Pacis*. Quien, después de estar familiarizado con el sistema matrimonial canónico de los tiempos precedentes, lea las páginas que Grocio dedica al matrimonio, no podrá menos que sufrir una honda decepción por lo que atañe a la calidad científica. Frente a un sólido sistema científico, decantado por una tradición de siglos y depurado por ilustres ingenios –entre ellos Tomás Sánchez[3], que Grocio cita en alguna ocasión–, el tratado grociano sobre el matrimonio aparece comparativamente de una pobreza científica rayana en el vulgarismo. Pero Grocio tuvo –para quienes en su época ya se habían apartado de la tradición anterior y para la posteridad que ha seguido ese camino– la virtud y la oportunidad de ofrecer el primer tratado del matrimonio –de cierta extensión no exenta de rasgos

---

MICHELIS, *Le origini storiche e culturali del pensiero di Ugo Grozio* (Firenze 1967); M. SANCHO IZQUIERDO–J. HERVADA, *Compendio de Derecho Natural* (Pamplona 1980-81), pp. 313 ss. [Hay edición posterior con el título *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*].

3. *De sancto matrimonii sacramento disputationum libri tres* (Antuerpiae 1607).

eruditos– basado en la nueva concepción que se había instaurado en Europa a raíz de la reforma protestante, con la consiguiente secularización del matrimonio[4].

Grocio es una ponderada mezcla de lo viejo y lo nuevo, de tradición y –en relación a su época– de modernidad. Metodológicamente, el Grocio del *De Iure Belli ac Pacis* no presenta novedades especiales: es un jurista que se inscribe en el humanismo jurídico –la jurisprudencia culta–, si bien ofrece una obra ágil –contrariamente a la farragosa extensión de las obras de otros juristas–, escrita con elegancia y con una gran erudición[5]. Pero, a la vez, es uno de los primeros juristas del nuevo orden europeo, que él contribuyó a forjar.

Esta mezcla de lo nuevo y lo viejo se observa también en la controvertida hipótesis grociana "etiamsi daremus non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana"; sobre ella quisiera decir alguna cosa –también en parte vieja y en parte nueva, espero– en las líneas que siguen[6].

---

4. La concepción del matrimonio en el iusnaturalismo moderno ha sido estudiada con acierto por A. DUFOUR, *Le mariage dans l'École allemande du Droit naturel moderne au XVIIIè siècle* (Paris 1972); ID., *Le mariage dans l'École romande du Droit naturel au XVIIIè siècle* (Genève 1976).

5. Cfr. F. CARPINTERO, *"Mos italicus", "mos gallicus" y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica*, en *Ius commune* VI (1977), pp. 169 ss.

6. Esta hipótesis ha sido especialmente estudiada por J. ST. LEGER, *The "etiamsi daremus" of Hugo Grotius* (Roma 1962), diss.; M. BERLJAK, ob. cit. Cfr. también P. OTTENWALDER, *Zur Naturrechtslehre des Hugo Grotius* (Tübingen 1950); A. DROETTO,*Grozio e il concetto di natura come principio del diritto*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXV (1948), pp. 375 ss.; C. EDWARDS, *The Law of Nature in the Thought of Hugo Grotius*, en *Journal of Politics*, XXXII (1970), pp. 784 ss.

2. ANTECEDENTES DE LA HIPÓTESIS GROCIANA

La tradición europea del derecho natural que Grocio recoge, tiene dos vías de transmisión a partir de la recepción del derecho romano: a) la de los juristas, que comentaron el *Corpus Iuris Civilis*, o, en su caso, el *Corpus Iuris Canonici*; y b) la filosófico-teológica, cuyos principales representantes fueron los teólogos[7]; éstos últimos estudiaron la ley natural y el derecho natural al establecer los fundamentos del orden moral. Desde los tiempos finales del Imperio de Roma y con anterioridad a la recepción del derecho romano, el derecho natural fue analizado por la Patrística y por los escritores eclesiásticos, quienes encontraron el punto de unión entre el paganismo –principalmente Aristóteles y el estoicismo– y el cristianismo en Rom 2, 14-16[8] por lo que atañe al *ius naturale* y especialmente a la *lex naturae*.

Los juristas y los teólogos medievales, inmersos en la cultura europea cristiana, tuvieron puntos en común y un fondo de ideas semejantes, pero –según se desprende de estudios recientes[9] y se comprueba observando directamente las fuentes– forman como dos líneas distintas de tradición en lo que atañe al modo de tratar la noción del derecho natural: las perspectivas y la temática

---

7. Aunque muy elementalmente, hemos intentado reseñar ambas líneas en M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, ob. cit.

8. Puede verse, por ejemplo, C. LARRAINZAR, *Precedentes de la doctrina medieval sobre la ley natural: comentarios directos al texto paulino Rom. 2, 14-15*, en *Persona y Derecho*, VIII (1981), pp. 101 ss.

9. Vide F. CARPINTERO, ob. cit.: ID., *El Derecho natural laico de la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos*, en *Persona y Derecho*, VIII (1981), pp. 33 ss.; ID., *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca* (Salamanca 1975); ID., *Sobre la génesis del Derecho natural racionalista en los juristas de los siglos XII-XVII*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVIII (1975), pp. 263 ss.

difieren. Hay un fondo común, pero el tratamiento sigue pautas distintas.

A mi parecer puede afirmarse que, en general, son escasas las influencias directas de los teólogos sobre los juristas –me refiero a influencias verdaderamente significativas–, en cuanto al modo de tratar la noción del derecho natural. Y también se observa el fenómeno inverso: los teólogos estudiaron filosófica y teológicamente el derecho natural y, si bien citaron las fuentes romanas[10], apenas tuvieron en cuenta a los juristas.

Que se observen pocas influencias directas de los teólogos sobre los juristas, no quiere decir ausencia de toda influencia, pues las hubo, sobre todo indirectas. Los sistemas filosóficos dominantes –casi todos ellos obra de los teólogos aunque con raíces en la antigüedad– como el realismo o el nominalismo, el intelectualismo o el voluntarismo dejaron un rastro en la ciencia jurídica. Por su parte los teólogos recibieron cierta influencia de los juristas; v. gr., la noción de *ius gentium*.

Con el humanismo cambió, en buena medida, este panorama. La "jurisprudencia culta" supuso, por parte de los juristas, una mayor utilización –que a veces es abundante– de los escritos de la antigüedad y de los teólogos. Aun así siguen siendo detectables las dos vías de tradición, que no se fusionarían hasta el siglo XVIII. Este fenómeno se da incluso en los canonistas, de los que en principio cabría esperar una mayor influencia de los teólogos; por ejemplo, hasta tiempos posteriores a Grocio, ningún canonista trató del derecho natural siguiendo la pauta de los teólogos; el primero, según los datos de que dispongo, fue González Téllez, que ofreció

10. V. gr., vide J. M. AUBERT, *Le droit romain dans l'oeuvre de saint Thomas* (Paris 1955).

un elegante resumen de la teoría tomista[11].

Por eso se ha sostenido –a mi juicio con razón– que la historia del derecho natural de las Edades Media y Moderna está a medio hacer: se sigue la línea filosófico-teológica, pero se suele olvidar la línea de los juristas, si se exceptúan algunas figuras singulares, como Graciano o Vázquez de Menchaca[12].

En Grocio –representante cualificado del humanismo jurídico– confluyen las dos líneas de tradición; por consiguiente, para conocer los antecedentes de la hipótesis *etiamsi daremus*, conviene examinar ambas.

a) *La tradición de los juristas*. En lo que conozco, no hay entre los juristas antecedentes claros de la hipótesis grociana, aunque sí referencias al fundamento divino del derecho natural.

Con el nacimiento de la ciencia jurídica europea, gracias a la tarea de Irnerio, el derecho natural, tal como aparecía en el *Corpus Iuris Civilis*, pasó a ser parte integrante e indiscutida de la cultura jurídica y un *tópico* reiteradamente estudiado por los juristas, aunque las referencias a su noción y fundamento fueron generalmente breves.

Ya en Irnerio el derecho natural aparece enlazado con Dios, al glosar la voz *natura* de la defición ulpianea. Para Irnerio la naturaleza ha sido "divini(tus) prodita

11. *Commentaria perpetua in singulos Textus quinque Libros Decretalium Gregorii IX*, tom. I (Lugduni 1715), pp. 1 ss.

12. Últimamente se han llevado a cabo estudios sobre el derecho natural en los juristas anteriores al s. XVIII. Además de los trabajos citados en la nota 9, vide la excelente monografía de R. WEIGAND, *Die Naturrechtslehre der legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accurius und von Gratian bis Iohannes Teutonicus* (München 1967).

generaliter et singulatim"[13], de donde se deduce que el derecho natural procede de Dios. No hay que buscar más –me parece– en Irnerio; sin embargo, cabe preguntarse si la glosa irneriana tiene un sentido creacionista cristiano o un sentido panteísta estoico. Pienso que es más verdad lo primero. La expresión "divinitus prodita" de la glosa irneriana quiere decir creada por Dios, ya que el adjetivo *proditus* tenía en la baja latinidad el sentido –similar al latín clásico– de *hecho, salido de, engendrado*[14], lo cual nos indica que Irnerio interpretó la *natura* en el sentido creacionista cristiano, sentido que también aparece claramente en una primitiva glosa anónima añadida a la de Irnerio para ampliarla: la naturaleza es la causa segunda por medio de la que Dios creador enseña lo que hay que hacer[15].

Por otra parte, no parece acertado pensar que Irnerio pretendiese dar la interpretación original del paso ulpianeo. Habrían de transcurrir varias generaciones antes de que naciese la preocupación por el sentido original de los textos. Irnerio, al igual que los glosadores y los comentadores, interpretó los textos romanos conforme a las ideas de su tiempo[16].

---

13. Glosa *natura* a D. 1, 1, 1, 3. También la glosa *natura* a Inst. 1, 2, pr.: *Divina prodita iudicio generaliter, singulariter indidit nature civium* (R. WEIGAND, ob. cit., p. 18).

14. Cfr. CH. D. DU CANGE, *Glosarium mediae et infimae latinitatis*, VI (reprod. Graz 1954), p. 523: *Proditus, Editus, genitus.*

15. *Est enim in omnibus natura prodita divino iudicio qua docemur cuncta hec agere sine doctrina; quod ergo illa natura docet, ius dicitur naturale a natura docente illud* (R. WEIGAND, ob. cit., p. 19).

16. Cfr. F. CALASSO, *Medio Evo del diritto* (Milano 1954); G. FASSÒ, *I glossatori e il giusnaturalismo medievale*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XL (1963), pp. 691 ss.; G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren* (Frankfurt am Main 1971); N. HORN, *Die juristische Literatur der Kommentatorenzeit* en *Ius Commune*, II (1969), pp. 88 ss.; P.

El mismo sentido cristiano tienen las glosas de Búlgaro[17] y Martino[18], o las similares expresiones usadas por la *Summa Institutionum Vindobonensis*[19]; a lo cual se añaden aquellas glosas o *summae* que afirman que el derecho natural es voluntad de Dios, como por ejemplo el tratado *Divinam voluntatem vocamus iustitiam*[20]. E idéntico sentido hay que atribuir a la conocida interpretación *natura, idest Deus*, que encontramos en Placentino[21], Azo[22], Acursio[23] y otros[24].

WEIMAR, *Die legiitische Literatur und die Methode des Rechts-unterrichts der Glossatorenzeit*, en *Ius Commune* II (1969), pp. 43 ss.; G. CHEVRIER, *Sur l'art de l'argumentation chez quelques romanistes médiévaux au XXI et au XIII siècles*, en *Archives de Philosophie du Droit*, XI (1966), pp. 115 ss.; H. COING, *Trois formes historiques d'interpretation du droit. Glossateurs, pandectistes, école de l'exégèse* , en *Revue historique de Droit français et étranger*, XXXIX (1961), pp. 224 ss. y 259 ss.

17. *Omnia naturali iure inspecto dei sunt, non solum quo ad materiam, verum etiam quantum ad formam, quia et eius fuit materia ex qua condidit et ipse eidem preiacenti singula creando formam dedit. Quod ergo dicitur quedam divini iuris esse, exaudias hominum censura, cuius omnia sunt ex sua propria* (R. WEIGAND, ob. cit., p. 25).

18. *Ius enim naturale cum sit constitutio divine voluntatis, potest dici ars boni et equi*, Inst. 1, 1 (R. WEIGAND, ob. cit., p. 32).

19. III, 1: *Ius naturale est conditio rebus creatis ab ipsa divina dispositione imposita* (R. WEIGAND, ob. cit., p. 27).

20. *Absolute enim dicimus iusticiam dei voluntatem esse* (R. WEIGAND, ob. cit., p. 35).

21. En Placentino encontramos ya planteada la cuestión de si *natura* está en caso nominativo o ablativo, cuestión que atañe al asunto del que tratamos, porque –a través de esta aparente cuestión gramatical– se quería poner de relieve el origen divino del derecho natural. *Summa Institutionum*, 1, 2 (R. WEIGAND, ob. cit., p. 43): *Natura, idest Deus, quia facit omnia nasci.*

22. *Summa Institutionum*, 1, 2, 1 (R. WEIGAND, ob. cit., p. 52).

23. Glosa *natura* a D. 1, 1, 1, 3.

24. Vide V. GUALAZZINI, *Natura, idest Deus*, en *Studia Gratiana*, III (Bononiae 1955), pp. 41 ss.; G. FASSÒ, *La legge de la ragione*

Todas las fórmulas usadas expresan la idea cristiana sobre la relación entre Dios y la naturaleza creada. Siglos antes ya había usado una fórmula similar San Juan Crisóstomo: "Cuando digo naturaleza, digo Dios, pues El es el autor de la naturaleza"[25]. El origen de la idea es la Sagrada Escritura en la que repetidamente se atribuyen a Dios los preceptos de ley natural y el gobierno de todo el mundo. Cuanto hay en el mundo expresa y manifiesta la providencia, la sabiduría y la voluntad de Dios. Respecto del Nuevo Testamento, basta tener presente Rom 1, 18-32 y 2, 1-16.

De este modo, un maestro en Artes, Irnerio, introdujo en la ciencia jurídica un tópico filosófico y teológico que llegará hasta Grocio. Pero se trata de un tópico de alcance muy limitado, ya que los juristas apenas lo desarrollaron, ciñéndose a la interpretación del término ulpianeo *natura*. Y en los casos en que se sobrepasó ese horizonte interpretativo, como ocurre con Vázquez de Menchaca[26] , los juristas dieron su opinión con escaso desarrollo doctrinal.

(Bologna 1964), pp. 48 ss.

25. *Cum autem naturam profero, Deum dico: ille quippe naturam creavit. Homiliae in Epistolam primam ad Corinthios*, hom. XXVI, n. 3 (PG, LXI, 216). Más clara es la traducción que aparece en la nota 3, p. 7 de la ed. P. C. Molhuysen del *De Iure Belli ac Pacis* de Grocio: *cum naturam dico, Deum dico, ipse enim est naturae opifex.*

26. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, c. 27. Vázquez de Menchaca sigue el voluntarismo extremado de Ockham, al que cita. Su pensamiento puede resumirse en este pasaje: *Ius enim naturale nihil aliud esse, quam rectam rationem ab ipsa nativitate et origine humano generi a Deo innatam supra edocti sumus. Ergo si ipsemet Deus contrariam rationem a nostra origine mentibus nostris imbuerit, id similiter erit ius naturale.* Ed. bilingüe de F. RODRÍGUEZ ALCALDE, vol. II (Valladolid 1932), p. 149. Líneas antes cita a Ockham: *Et in hunc sensum salvari tuerique poterit opinio Occham supra relata....*

La glosa *natura, idest Deus,* a mi parecer, no intenta decir que en el texto ulpianeo la palabra *natura* debe interpretarse como sinónima de Dios. La glosa irneriana –origen de las demás– y las que expresan la misma idea con distintas palabras dan a entender que la glosa *natura, idest Deus* quiere decir que el derecho natural, enseñado por la naturaleza (*quod natura... docuit*), es enseñado en último término por Dios, ya que la naturaleza proviene de Dios por creación. No es más que la idea cristiana, presente en los ya citados textos de Rom 1, 18-32 y 2, 1-16. Si aplicamos la terminología de la Escolástica, la *natura* ulpianea es interpretada como la *natura naturata* (naturaleza creada), que procede de la *natura naturans* (naturaleza creadora, o sea, Dios).

¿Fué esta interpretación la que siguieron todos los juristas? Si descartamos algún texto de sabor estoico de Cujacio[27] y la postura ambivalente de Odofredo, puede decirse que esa interpretación fue la común, como lo muestran textos inequívocos de Pierre de la Belleperche, Jacques de Revigny, Bartolo de Saxoferrato y otros[28].

Según los datos que he podido investigar, no hay, en los juristas anteriores a Grocio, precedentes de la hipótesis grociana.

b) *La tradición filosófico-teológica.* Los precedentes los encontramos en los teólogos anteriores a Grocio, a partir del s. XIV, aunque tampoco sean abundantes.

En lo referente al derecho natural no parece detectarse tal hipótesis antes de la época indicada; pero como

---

27. *Recitationes solemnes ad Tit. I,* Lib. I *Digestorum de Iustitia et Iure,* Ad § *Hujus studii,* en *Opera Omnia* (Neapoli 1722), VII, cols. 13 y 16.

28. Los textos pueden verse en F. CARPINTERO, *El Derecho natural laico de la Edad Media,* cit., pp. 64 ss.

algunos autores mantienen otra cosa, parece conveniente examinar esos posibles precedentes filosóficos y teológicos anteriores al s. XIV. Dos son los que suelen citarse: Marco Aurelio y Hugo de San Víctor.

Desde Pufendorf, algunos autores han afirmado que Grocio tomó la hipótesis *etiamsi daremus* de Marco Aurelio[29]; los pasajes de las *Meditaciones* que se alegan son dos distintos, que se proponen o separadamente o conjuntamente: lib. II, 11[30] y lib. VI, 44[31].

---

29. *De iure naturae et gentium*, II, c. III, 19. Cfr. también G. FASSÒ, *Ugo Grozio tra medioevo ed età moderna*, en *Rivista di Filosofia*, XLI (1950), p. 184; P.D. DOGNIN, *La justice de Dieu et le droit naturel*, en *Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques*, XLIX (1965), p. 72.

30. *En la convicción de que puedes salir ya de la vida, haz, di y piensa todas y cada una de las cosas en consonancia con esta idea. Pues alejarse de los hombres, si existen dioses, en absoluto es temible, porque éstos no podrían sumirte en el mal. Mas, si en verdad no existen, o no les importan los asuntos humanos, ¿a qué vivir en un mundo vacío de dioses o vacío de providencia? Pero sí, existen, y les importan las cosas humanas, y han puesto todos los medios a su alcance para que el hombre no sucumba a los verdaderos males. Y si algún mal quedara, también esto lo habrían previsto, a fin de que contara el hombre con todos los medios para evitar caer en él. Pero lo que no hace peor a un hombre, ¿cómo eso podría hacer peor su vida? Ni por ignorancia ni conscientemente, sino por ser incapaz de prevenir o corregir estos defectos, la naturaleza del conjunto lo habría consentido. Y tampoco por incapacidad o inhabilidad habría cometido un error del tales dimensiones como para que les tocaran a los buenos y a los malos, indistintamente, bienes y males a partes iguales. Sin embargo, muerte y vida, gloria e infamia, dolor y placer, riqueza y penuria, todo eso acontece indistintamente al hombre bueno y al malo, pues no es ni bello ni feo. Porque, efectivamente, no son bienes ni males.*

31. *Si, efectivamente, los dioses deliberaron sobre mí y sobre lo que debe acontecerme, bien deliberaron; porque no es tarea fácil concebir un dios sin decisión. ¿Y por qué razón iban a desear hacerme daño? ¿Cuál sería su ganancia o la de la comunidad, que es su máxima preocupación? Y si no deliberaron en particular sobre mí, sí al menos lo hicieron profundamente sobre el bien común, y dado que estas cosas me acontecen*

A mi juicio es posible que estos dos textos sirviesen de inspiración a Grocio para la forma literaria de plantear la hipótesis y exponer su pensamiento sobre las relaciones entre Dios y el derecho natural. Se observan, en efecto, concomitancias literarias. Pero debe tenerse presente que Marco Aurelio no está hablando del derecho natural ni de su fundamento, sino de la actitud que debe tener ante la vida el hombre que quiere vivir filosóficamente (en el sentido antiguo de saber práctico o sabiduría en el comportamiento). El tema es bien distinto al que ocupa a Grocio. Ciertamente el texto de Marco Aurelio puede tener una indirecta relación con el pensamiento de Grocio, al afirmar que si los dioses no hubiesen quitado todo mal, la naturaleza no hubiese dejado de corregirlo, o bien que si los dioses no deliberan sobre lo que concierne a los hombres, a cada uno le es posible deliberar sobre lo que le conviene, que es lo que está de acuerdo con la naturaleza racional y sociable[32]. La idea de fondo sobre el derecho natural no pudo Grocio sacarla de Marco Aurelio, entre otras razones porque no está en Marco Aurelio[33]. Por otra parte, ¿por qué buscar la

---

por consecuencia con éste, debo abrazarlas y amarlas. Pero si es cierto que sobre nada deliberan (dar crédito a esto es impiedad; no hagamos sacrificios, ni súplicas, ni juramentos, ni los demás ritos que todos y cada uno hacemos en la idea de que van destinados a dioses presentes y que conviven con nosotros), si es cierto que sobre nada de lo que nos concierne deliberan, entonces me es posible deliberar sobre mí mismo e indagar sobre mi conveniencia. Y a cada uno le conviene lo que está de acuerdo con su constitución y naturaleza, y mi naturaleza es racional y sociable.

Mi ciudad y mi patria, en tanto que Antonino, es Roma, pero en tanto que hombre, el mundo. En consecuencia, lo que beneficia a estas ciudades es mi único bien.

32. Un estudio comparativo entre los textos de Marco Aurelio y de Grocio puede verse en M. BERLJAK, ob. cit., pp. 97 s.

33. Lo máximo que debe suponerse es que el texto de Marco Aurelio contenido en el lib. VI, n. 44, pudo servirle de inspiración,

fuente de la idea en unos pensamientos tan alejados del derecho natural, si la hipótesis *etiamsi daremus* estaba bastante estudiada en autores muchos más cercanos a Grocio, varios de los cuales –Gabriel Vázquez, Vitoria, Molina, Suárez– están citados en el *De Iure Belli ac Pacis*?

El otro autor al que antes aludíamos es Hugo de San Víctor[34]. En realidad, Grocio no cita a este teólogo medieval ni parece probable que lo conociese, si tenemos en cuenta su educación protestante y los siglos que median entre ambos; no parece, en efecto, probable que un protestante como Grocio hubiese tenido interés en conocer un tratado medieval sobre los misterios cristianos, como el que escribió Hugo de San Víctor. Si se le cita como precedente es porque se supone que en Grocio influyó Gregorio de Rímini, el cual cita a Hugo de San Víctor. Ocurre, sin embargo, que las diferencias entre el pensamiento de Gregorio de Rímini y Hugo de San Victor son notables; y además la interpretación del pensamiento del victoriense que ofrecen los autores actuales que ven en él un precedente de Grocio no parece tener apoyo en los textos.

De entrada no deja de resultar raro que un autor, tan impregnado del augustinismo político medieval como el victoriense[35], se inclinase por el objetivismo extremado. Tanto más, si se tiene en cuenta que Hugo de San Víctor trata *de lege naturali* en el contexto teológico de la ley divina, entendida en el sentido amplio de economía de la salvación presidida por la voluntad libre de Dios. Ya es significativo que Hugo de San Víctor

---

por asociación de ideas. Pero todo esto son conjeturas, que sólo podrían convertirse en certeza, si Grocio lo hubiese manifestado.

34. Vide v. gr. J. ST. LEGER, ob. cit., pp. 122 ss.; M. BERLJAK, ob. cit., pp. 82 s.

35. Puede verse J. HERVADA, *Tres estudios sobre el uso del término laico* (Pamplona 1973), pp. 144 ss.

comience el estudio de la voluntad de Dios, poniéndola como medida de lo justo[36]. Todas las cosas son justas –dice– en cuanto están de acuerdo con la voluntad de Dios, que es justa. Y la voluntad de Dios es justa, porque es la primera causa no causada; siendo eterna y no causada, la voluntad de Dios no es justa por adecuarse a las cosas, sino que las cosas –creadas por la voluntad de Dios– son justas en cuanto se ajustan a la voluntad divina. Noción ésta muy alejada del objetivismo. Obsérvese que en Hugo de San Víctor late una idea, común al pensamiento creacionista católico, a la que después volveremos a referirnos. Las cosas reciben de su causa primera un influjo ejemplar: su bondad se mide por su analogía y semejanza con la Primera Causa.

Tampoco encontramos rastros de objetivismo extremado –al menos así me lo parece– en los textos de Hugo de San Víctor que Gregorio de Rímini y algunos autores contemporáneos citan[37], sino la idea común de

---

36 *Prima rerum omnium causa est voluntas Creatore quam nulla praecedens causa movit quia aeterna est; nec subsequens aliqua confirmat, quoniam ex semetipsa justa est. Neque enim idcirco juste voluit, quia futurum justum fuit quod voluit; sed quod voluit, idcirco justum fuit, quia ipse voluit. Suum enim ac proprium voluntatis ejus est esse justum quod est, et ex eo quod in ea justum est quod ex ea justum est. Quoniam secundum eam justum est quod justum est et quod utique justum non esset, si secundum eam non esset. Cum ergo quaeritur quare justum est quod justum est convenientissime respondetur: quoniam secundum voluntatem Dei est, quae justa est. Cum vero quaeritur quare voluntas Dei justa est, hoc sanius respondetur: quoniam primae causae causa nulla est cui ex se est esse quod est. Haec autem sola est unde ortum est quidquid est; et ipsa non est orta, sed aeterna. De sacramentis christianae fidei*, I, pars IV, cap. I (PL, 176, 233 ss.).

37. Ob. cit., lib. I, pars IV, caps. 6 y 7 (ibid., 267 y 268): *Quia vero homo ex duplici natura compactus fuerat, ut totus beatificaretur, duo ejus illi bona; conditor a principio praeparabat unum visibile, alterum invisibile Unum corporale, alterum spirituale. Unum transitorium, alterum aeternum. Utrumque plenum et utrumque in suo genere perfectum. Unum carni, alterum spiritui, ut in uno sensus carnis ad*

que la ley natural es –valga la redundancia– natural, esto es, está grabada en el hombre; el *praeceptum naturae* o ley natural es descrito como discreción e inteligencia naturales, discreción *intrínsecus inspirata* y *cordi hominis aspirata*. Los adjetivos *inspirata* o *aspirata* manifiestan que Hugo de San Víctor entiende la ley natural como algo infundido por Dios, según la idea bíblica de que Dios dio al hombre entendimiento y discernimiento[38]. La misma redacción literal muestra un pensamiento que no coincide con el objetivismo."Praeceptum naturae –escribe–

jucunditatem foveretur, in altero sensus mentis ad felicitatem repleretur. Carni visibilia, spiritui invisibilia; carni ad solatium, spiritui ad gaudium. Ex his bonis unum dedit, alterum promisit (...). Bonum homini a Deo vel datum vel promissum nihil profuisset, nisi et ad illud quod datum fuerat apponeretur custodia ne amitteretur, et ad illud quod promissum fuerat aperiretur via ut quaereretur et inveniretur. Propterea ad bonum datum posita est custodia, praeceptum naturae; et ad bonum promissum aperta est via, praeceptum disciplinae. Duo ista praecepta data sunt homini: praeceptum naturae et praeceptum disciplinae. Praeceptum naturae fuit quod intus aspiratum est per naturam; praeceptum vero disciplinae quod foris appositum est ad disciplinam: intus per sensum, foris per verbum. In his duobus mandatis totum continetur quidquid bonum vel faciendum vel cavendum, praecipitur. In praecepto naturae tria sunt: praeceptio, prohibitio, concessio. Praeceptum autem naturae nos nihil aliud intelligimus, quam ipsam discretionem naturalem quae intrinsecus inspirata est ut per eam homo erudiretur de his quae sibi vel appetenda vel fugienda fuerunt. Quasi enim quoddam praeceptum dare erat, discretionem et intelligentiam agendi, cordi hominis aspirare. Quid ergo cognitio faciendorum fuit, nisi quaedam ad cor hominis facta praeceptio... et qui rursus cognitio vitandorum, fuit nisi quaedam ad cor hominis aspirare. Quid ergo cognitio faciendorum fuit, nisi quaedam ad cor hominis facta praeceptio et quid rursus cognitio vitandorum fuit nisi quaedam prohibitio? quid vero cognitio eorum quae media fuerunt existimanda est, nisi quaedam concessio? ut illic homo suo libero arbitrio relinqueretur ubi quamcunque partem eligisset non laederetur Dei igitur praecipere, erat docere hominem quae sibi necessaria forent. Prohibere autem demonstrare noxia. Concedere vero insinuare ad utrumlibet se habentia.

38. Cfr. Eccli 17, 1-6.

fuit quod intus aspiratum per naturam"; al usar la preposición *per* con acusativo (*naturam*) se afirma que la ley natural fue infundida por Dios *mediante* (por medio, a través de) la naturaleza, no fue infundida por la naturaleza. De todo ello resulta no haber en Hugo de San Víctor ningún objetivismo al estilo de Gregorio de Rímini, Vázquez o Grocio.

Propiamente hablando, los precedentes de la hipótesis *etiamsi daremus* se encuentran en algunos autores de la Escolástica decadente de los siglos XIV y XV de signo nominalista y en los más importantes autores de la Segunda Escolástica española.

El origen medieval de la hipótesis –al menos según los datos conocidos– parece que debe situarse en el agustino Gregorio Novelli de Rímini (muerto en 1358)[39]. Este autor, si bien mantiene que la ley eterna no es otra cosa que la voluntad de Dios, afirmación típicamente voluntarista[40], llega al objetivismo extremado en lo que respecta a la razón de justo o injusto, de bien o mal morales. Gregorio de Rímini, siguiendo en esto los precedentes de San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino –que hablan de la *vis directiva* y de la *vis coercitiva* de la ley–, distingue entre la función preceptiva y la función indicativa de la ley. Por la primera, la ley es un mandato; por la segunda, muestra que algo es bueno o malo. Pues bien, lo que indica que algo es bueno o malo resulta ser la recta razón, siendo en consecuencia pecado –lo moralmente malo– aquello que se opone a la recta razón; así, pues, el pecado consiste en la conducta opuesta a la razón divina, no en cuanto es divina, sino en cuanto es recta, de modo que, si por un imposible, la razón divina o Dios mismo no existiesen, o dicha razón

---

39. Vide, sobre este autor, P. ALTIERI, *Gregorio de Rimini. Interprete di alcune correnti del pensiero medioevale* (Rovigo 1974).

40. *In I Sententiarum*, dist. XLIII, q. 1, a. 2.

divina no fuese recta, habría pecado si la acción fuese contra la recta razón del hombre o de los ángeles; es más, si no existiese ninguna recta razón, pecaría quien obrase contra lo que dictaría una recta razón en caso de existir[41].

Obsérvese que la hipótesis se califica de *imposible*. El fundamento del orden moral no es, pues, realmente la razón humana o la angélica o alguna recta razón distinta; el fundamento *real* es –para el autor comentado– la razón divina, si bien lo es por ser recta y no por el simple hecho de ser divina. La imposibilidad de la hipótesis destruye –en el pensamiento de Gregorio de Rímini– la independencia real del orden moral respecto de Dios. El fundamento último del orden moral sería la razón humana *si Dios no existiese*, cosa imposible; de donde se sigue que *realmente* el fundamento último del orden moral no es la razón humana, sino la divina, siendo *imposible* en la realidad que lo sea la razón humana. Por eso se discutió la tesis de Gregorio de Rímini, pero no escandalizó a los teólogos católicos, como más adelante les escandalizaría la opinión de Grocio.

No me parece acertado afirmar que Gregorio de Rímini funde el orden moral en la razón humana: que el fundamento último del orden moral sea la razón humana es una hipótesis de la que expresamente se niega su posibilidad real. Téngase presente que no se dice

41. *Si quaeratur cur potius dico absolute contra rectam rationem quam contracte contra rationem divinam, respondeo ne putetur peccatum esse praecise contra rationem divinam et non contra quamlibet rectam rationem de eodem; aut aestimetur, aliquid esse peccatum, non quia est contra rationem divinam inquantum est recta; sed quia est contra eam inquantum est divina. Nam si per impossibile ratio divina sive Deus ipse non esset aut ratio illa esset errans adhuc si quis ageret contra rectam rationem angelicam vel humanam aut aliam aliquam si qua esset peccaret. Et si nulla penitus esset ratio recta adhuc si quis ageret contra illud quod agendum esse dictaret ratio aliqua recta si aliqua esset, peccaret. In II Sententiarum*, dist. XXXIV, q. 1, a. 2.

que sea falsa, sino que es imposible.

El matiz me parece no sólo importante, sino también decisivo. Veamos: ¿Por qué la hipótesis es imposible? No porque Dios existe realmente, pues entonces sería meramente falsa; para tildarla de imposible –no se olvide que Gregorio de Rímini pertenece a la Escolástica, para la cual cada palabra tenía un preciso significado, y no es fácil que un escolástico sustituyese el adjetivo falso por imposible– era preciso estar en posesión de una verdad fundamental: Dios es el principio de todos los seres y nada hay en la realidad que no sea vestigio o reflejo –huella– de su esencia. Incluso los valores abstractos –la belleza, la bondad, el bien, la rectitud, etc.– no se *realizan* en Dios –en el que no hay distinción entre divinidad y Dios, entre ser y ente, entre esencia y existencia, etc.–, sino que son o Dios mismo –su esencia–, o una representación del entendimiento humano de los vestigios divinos en las cosas. Partiendo de esta verdad, resulta rigurosamente imposible la hipótesis, porque la razón humana es *necesariamente* reflejo de la razón divina; no es sólo que de hecho sea así, sino también que no puede ser de otra manera, porque la razón humana puede ser *imaginable* desvinculada de Dios, pero no es *inteligible* de esa manera: por eso la hipótesis es imposible. Claro está que puede decirse que, si esto es así, Gregorio de Rímini no es enteramente lógico al decir que la razón divina es medida y fundamento del orden moral por ser recta y no por ser divina, pues, según la verdad expuesta, recta y divina son realmente lo mismo. Cierto, hay en Gregorio de Rímini una parcial inadecuación entre la idea –común a la teología católica– desde la cual se puede decir que la hipótesis es imposible y su opinión sobre el fundamento de la ley natural; una inadecuación introducida por el nominalismo y el voluntarismo ockhamianos. Por eso la teología católica terminó por rechazar el nominalismo y, en general, el sistema ockhamiano, que persistieron sólo en los ámbitos intelectuales no

católicos. Y por eso también, la Segunda Escolástica rechazó la tesis de Gregorio de Rímini.

Siguieron a Gregorio de Rímini algunos autores como Gabriel Biel[42], que transcribe casi literalmente sus palabras, Jacobo Almain[43] y Antonio de Córdoba[44].

La hipótesis *si Deus non esset vel nihil praeciperet* aparece también en Vitoria[45], Soto[46], Molina[47], Medina[48] y Suárez[49], algunos de los cuales citaron –contradiciéndola– la tesis de Gregorio de Rímini, que Vitoria tilda de "imaginaciones"[50]. Con distintos matices, en los que no podemos detenernos, los escolásticos españoles indicados concuerdan en señalar que, siendo la ley natural una ley grabada en la naturaleza, la ley natural seguiría indicando lo conforme y lo disconforme con la naturaleza humana en la hipótesis de que Dios no existiese o no mandase nada, pero no sería ley propiamente dicha; lo

---

42. *Epitome et collectorium ex Occamo circa quattuor Sententiarum Libros* (Tubingen 1501, reprod. Frankfurt am Main 1965), lib. II, dis. XXXV, q. un., a. 1.

43. *Moralia* (Parisiis 1526), lib. III, cap. 6.

44. *Opera* (Venetiis 1569), lib. III, *de conscientia*, q. 10, ad 2. Cit. por A. FOLGADO, *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo* (San Lorenzo de El Escorial 1960), pág. 39.

45. *Relectio de eo ad quod tenetur homo veniens ad usum rationis*, II, n. 9, en *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas* (BAC, Madrid 1960), pág. 1353.

46. *De Iustitia et Iure libri decem*, lib. I, q. IV, a. 2, ed. Instituto de Estudios Políticos (Madrid 1967-68), págs. 29 y 31.

47. *De Iustitia et Iure tomi sex*, lib. V, disp. XLVI, n. 14, ed. castellana de M. Fraga (Madrid 1941-44), págs. 262 ss.

48. *Expositio in I-II Angelici doctoris divi Thomae Aquinatis* (Salmanticae 1577), q. 18, a. 1.

49. *De legibus ac Deo Legislatore*, lib. II, cap. VI, nn. 4, 7 y 8. Una moderna edición es la bilingüe del Instituto de Estudios Políticos, 6 vols. (Madrid 1967-68).

50. *Relectio...*, cit., II, n. 10, ed. cit., pág. 1354.

disconforme con la regla natural sería malo como es malo el estar cojo o es malo un cuadro mal pintado, sería malo pero no culposo, o constituiría lo que más adelante se llamó pecado filosófico en contraposición al pecado teológico. La hipótesis *si Deus non esset* continúa siendo calificada de imposible[51].

Y de imposible la califica también Gabriel Vázquez, que sigue el objetivismo extremado. Según Vázquez la naturaleza de Dios es el origen primero y eterno de la naturaleza del hombre; por lo tanto, la razón divina es la medida de toda rectitud. Ahora bien, aunque la naturaleza y la razón divinas sean origen y medida de la naturaleza del hombre en cuanto Dios es el Ser primero y Creador de todos los seres, no son la primera raíz y causa de la prohibición del mal moral ni de la regla del bien moral; antes de todo imperio, de toda voluntad y aún antes de todo juicio, existe una regla de las acciones que es válida por su misma naturaleza: esta regla es la naturaleza racional no implicando contradicción[52]. De este modo, en el supuesto imposible de que Dios no juzgara correctamente y a los hombres nos quedara razón, el pecado seguiría siéndolo[53].

---

51. Una exposición algo más detallada de estos autores puede verse en M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, ob. cit., págs. 270 ss.

52. *Commentariorum ac disputationem in Primam Secundae Sancti Thomae tomus secundus* (Venetiis 1606), disp. 150, cap. 3, n. 23; *Consequens fit, ut ante omne imperium ante omnem voluntatem, imo ante omne judicium sit regula quaedam harum actionum, quae suapte natura constet, sicut res omnes suapte natura contradictionem non implicant: haec autem non potest alia esse quam ipsa rationalis natura ex se non implicans contradictionem... Prima igitur lex naturalis in creatura rationali est ipsamet natura, quatenus rationalis, quia haec est prima regula boni et mali. Ceterum cum ipse Deus tamquam primum omnium ens, praecedat omnem etiam creaturam, quatenus ex se non implicat contradictionem, haec lex tamquam in aeterna, et prima sui origine in ipsa Dei natura constituenda est.*

53. *Nam quamvis ratio divina sit mensura omnis recti, non tamen*

Gabriel Vázquez, que en otros temas tiende también a remarcar lo natural[54], parece ir más lejos que Gregorio de Rímini. En Vázquez la raíz última de la regla del orden moral no es la razón divina sino la naturaleza de Dios; en consecuencia, la raíz última de la regla moral no es el dictamen de la recta razón divina. Con ella se establecía que la regla moral, antes que ley o mandato proveniente del legislador (razón o voluntad), es regla objetiva natural; en otras palabras, la regla moral no es el *dictamen rationis,* sino la *regula naturae.* Esto supuesto, los contenidos de la ley natural, antes que en la razón divina, se fundan en la naturaleza del hombre. En cambio, la naturaleza del hombre –y esto es importante– es reglada por la naturaleza de Dios, como principio de todo ser que no implica contradicción.

Esto último es interesante, porque indica que a pesar de su objetivismo extremado, Vázquez se mantiene dentro de la idea fundamental a la que antes hemos aludido. Él no rompe la relación intrínseca y necesaria entre la naturaleza divina y la humana, de modo que la hipótesis sigue siendo *imposible.* En la realidad –la única realidad posible– la regla última sigue siendo la naturaleza divina y no la naturaleza humana; y ello, porque otra cosa es imposible y no sólo falsa. Al juzgar a Vázquez, al igual que a los demás escolásticos que utilizaron la hipótesis *si Deus non esset,* debe separarse cuidadosamente su pensamiento sobre lo que realmente existe y las hipótesis por las cuales intentaron aclarar su pensamiento.

---

est prima radix et causa prohibitionis, ex qua malitia oriatur, quia si concesso impossibili intelligeremus Deum non ita judicare et manere in nobis usum rationis, maneret etiam peccatum, tunc etiam, ut dicebamus, non semper eo peccatum est, quia intelligitur a Deo ut tale, sed potius e contra. Ob. cit., disp. 97,. cap. 1, n. 3.

54. Vide E. TEJERO, *El matrimonio, misterio y signo. Siglos XIV al XVI* (Pamplona 1971), págs. 483 ss.

3. LA HIPÓTESIS "ETIAMSI DAREMUS" DE GROCIO

Esta misma cautela debe, a mi juicio, seguirse con Grocio: lo importante no es la hipótesis, sino su pensamiento sobre la relación entre Dios y el derecho natural[55].

La hipótesis *etiamsi daremus* de Grocio no tenía de suyo nada de nuevo; puede decirse que era un lugar común en la Escolástica precedente. E incluso sostener la validez del derecho natural en la hipótesis de que Dios no existiese o no mandase nada –que equivale a no cuidarse de los asuntos humanos– tampoco resultaba novedoso.

Entonces, ¿no existe nada original al respecto en Grocio?, ¿fue un simple seguidor de la Escolástica? No me lo parece; por el contrario, pienso que hay suficiente

55. *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, proleg. nn. 11 y 12, ed. P. C. Molhuysen (Lugduni Batavorum 1919), pág. 7: *11. Et haec quidem quae iam diximus, locum aliquem haberent etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana: cuius contrarium cum nobis partim ratio, partim traditio perpetua, inseverint; confirment vero et argumenta multa et miracula ab omnibus saeculis testata, sequitur iam, ipsi Deo, ut opifici et cui nos nostraque omnia debearemus, sine exceptione parendum nobis esse, praecipue cum is se multis modis et optimum et potentissimum ostenderit, ita ut sibi obedientibus praemia reddere maxima, etiam aeterna, quippe aeternus ipse, possit, et voluisse credi debeat, multoque magis si id disertis promiserit: quod Christiani indubitata testimoniorum fide convicti credimus.*

12. Et haec iam alia iuris origo est praeter illam naturalem, veniens scilicet ex libera Dei voluntate, cui nos subiici debere intellectus ipse noster nobis irrefragabiliter dictat. Sed et illud ipsum de quo egimus naturale ius, sive illud sociale, sive quod laxius ita dicitur, quamquam ex principiis homini internis profluit. Deo tamen ascribi merito potest, quia ut talia principia in nobis existerent ipse voluit: quo sensu Chrysippus et Stroici dicebant iuris originem non aliunde petendam quam ab ipso Iove, a quo Iovis nomine ius Latinis dictum probabiliter dici potest".

novedad, como para ver en Grocio un innovador.

A mi entender, lo nuevo reside en que Grocio no establece ninguna relación de ejemplaridad causal –analogía y participación– entre la naturaleza divina y la naturaleza humana, entre la razón de Dios y la razón del hombre. Grocio, en el n. 12 de los *Prolegómenos* al *De Iure Belli ac Pacis*, o sea el siguiente al que contiene la hipótesis *etiamsi daremus*, establece una vinculación entre Dios y el derecho natural; no desliga, pues, el derecho natural de Dios. Pero la ilación entre el derecho natural y Dios no se establece en otra cosa que en la *voluntad libre de Dios*. He ahí el punto clave. Para Grocio, el derecho natural tiene *dos* orígenes: "Et haec iam alia iuris origo est praeter illam naturalem, veniens scilicet ex libera Dei voluntate". El derecho natural "ex principiis homini internis profluit", deriva de la misma naturaleza humana; ahora bien, estos principios pueden imputarse a Dios "quia ut talia principia in nobis exsisterent ipse voluit". No aparece para nada la razón divina ni la naturaleza de Dios como el ejemplar causal de la razón o de la naturaleza humanas. Ciertamente Dios quiso libremente –al crear libremente al hombre– que de la naturaleza humana fluyesen esos principios, pero esos principios no aparecen como *reflejo* –analogados– de la razón ni de la naturaleza de Dios; por lo tanto, la naturaleza humana, aunque no aparece desvinculada de Dios, aparece positivamente desvinculable de Dios. Roto el principio de ejemplaridad y analogía –el principio de participación–, no se establece un nexo de necesidad ontológica entre Dios y la naturaleza humana. En consecuencia, la hipótesis *etiamsi daremus* ya no se considera imposible, sino falsa, pues si la naturaleza humana no es participación y reflejo de la naturaleza de Dios (digase lo mismo de la razón), resulta ser no sólo imaginable, sino incluso plenamente inteligible en la hipótesis *si Deus non esset*. Sin ejemplaridad causal –sin analogía y participación– no hay imposibilidad en la hipótesis, sino sólo

falsedad, por lo cual Grocio se siente llamado a escribir unas líneas para mostrar que la existencia de Dios es una verdad indudable, que conocemos por argumentos, milagros y fe cristiana, cosa que ni Gregorio de Rímini ni Vázquez tuvieron necesidad de hacer, porque en su caso era innecesario. El resultado es una concepoción del derecho natural, en la que éste aparece como plenamente inteligible, en sí y en sus fundamentos, sin referencia necesaria –ontológicamente necesaria– a Dios.

¿Cuál pudo ser el origen del pensamiento de Grocio? A mi juicio, no hay más que remontarse a la Reforma protestante. El protestantismo reafirmó el rechazo de la *analogía entis* –ya contenido en el voluntarismo y en el nominalismo de Ockham– y sostuvo la libre decisión divina de salvar al hombre por la fe y no por las obras. El derecho natural pasaba así a ser algo meramente terreno, que si bien derivaba de la libre decisión de Dios, no provenía de la *imitación* de Dios que supone la *analogia entis*.

Partiendo de la *analogia entis* –cuya expresión más perfecta es la teoría de la participación de Tomás de Aquino– el derecho natural es, por esencia, un analogado, cuya existencia no es inteligible de modo pleno si no es a la luz de su analogante, Dios (la ley eterna). Con Grocio el derecho natural no precisaría del analogante para su plena inteligibilidad. Que el derecho natural sea o no mandato de Dios se transforma en un hecho, no en una necesidad ontológica.

Para terminar, sólo resta observar si el derecho natural ha sido inteligible –en sí mismo y en su fundamento– para la cultura jurídica que ha perdido la noción de la *analogia entis* y se ha edificado según el pensamiento del laicismo. Lo que enseñan los hechos es que, o se ha negado el derecho natural o por derecho natural se ha entendido algo muy diferente de lo que fue en la tradición europea hasta el siglo XVIII: se ha interpretado

como valores relativos, naturaleza de las cosas, estructuras lógico-objetivas, relación de vida (*Lebensverhältnis*), etc. Cosas todas ellas muy alejadas del *ius naturale* de los juristas romanos y de la tradición europea anterior a Grocio. ¿Es esto un simple hecho histórico o es la evolución lógica de la novedad grociana? Esta es la cuestión, la gran cuestión del iusnaturalismo.

PROBLEMAS QUE UNA NOTA ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS PLANTEA A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO*

---

* Comunicación presentada al X Congreso Interamericano de Filosofía que, bajo el tema general "Los derechos humanos", se celebró los días 18-23 de octubre de 1981 en Tallahassee (Florida, EE.UU.).



Publicado en "Persona y Derecho", IX (1982), págs. 243-256.

Aunque lo más propio de la ciencia es buscar y encontrar soluciones, no pocas veces se puede contribuir a su progreso planteando problemas e interrogantes. Esta comunicación desearía contribuir a poner de relieve una serie de problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho y, a niveles más profundos, a las otras ramas de la filosofía. No estoy seguro de acertar en el planteamiento de los problemas, y de antemano pido indulgencia por los posibles fallos; en cambio, puedo asegurar que no plantearé todas las posibles cuestiones; sólo algunas de ellas aparecerán aquí. Por otra parte, al plantear los problemas, en ciertos casos me permitiré apuntar cómo veo la posible solución; ya advierto que se trata sólo de un apunte –las cuestiones no son fáciles– y en modo alguno pretendo otra cosa que mostrar una opinión, seguro de que ningún lugar mejor habrá para exponerla, en un clima de diálogo y respeto, que un congreso sobre derechos humanos, de entre los cuales no es el menor la libertad de pensamiento y expresión.

1. *Una nota esencial de los derechos humanos*

Cuando se habla de derechos humanos, con esta expresión se quiere designar un tipo o clase de derechos, una de cuyas notas esenciales es la de ser *preexistentes* (o "anteriores" según el lenguaje más generalizado) *a las*

leyes positivas. Por lo menos a esa conclusión lleva el sentido obvio del lenguaje utilizado, tanto por las declaraciones antiguas y modernas y los pactos internacionales, como por los distintos movimientos en favor de esos derechos o –en general– por quienes sobre ellos hablan y escriben. Ciertamente los derechos humanos están recogidos en los textos legales de muchos países, pero en tanto que recogidos por las leyes positivas y operando a través de ellas reciben otro nombre, por ejemplo, derechos constitucionales o simplemente derechos positivos sin más especificación.

Por derechos humanos se entiende comúnmente aquellos derechos –sin entrar ahora en si ese apelativo es exacto– que el hombre tiene por su dignidad de persona –o si se prefiere, aquellos derechos inherentes a la condición humana–, que *deben ser* reconocidos por las leyes; en caso de que esos derechos no se reconozcan, se dice que se comete injusticia y opresión. E incluso se admite que la falta de reconocimiento –el hecho de que no se respeten esos derechos– genera la legitimidad del recurso a la resistencia, activa o pasiva. Si se trata de derechos que deben ser reconocidos, cuya contravención genera injusticia e incluso el derecho a la resistencia, la conclusión parece evidente: por derechos humanos entendemos unos derechos que preexisten a las leyes positivas. Por eso, de esos derechos se dice que se *declaran*; y de ellos se dice también que se *reconocen* –no que se otorgan o conceden– por las leyes positivas.

No siendo posible analizar la enorme masa de textos que supondría intentar un examen exhaustivo del lenguaje utilizado, nos limitaremos a unos pocos documentos, de reconocida importancia histórica y actual. La *Declaración de derechos de Virginia* (1776) dice en su sec. 1; "That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by

any compact, deprive or divest their posterity"[1]. Fácilmente se observa la influencia del pensamiento liberal en la redacción de este pasaje, pero lo que aquí interesa es que se habla de *inherent rights*, de derechos inherentes a todo hombre, que se poseen por naturaleza y anteriores al estado de sociedad; el derecho de rebelión –el *appeal to Heaven* según la famosa expresión de Locke–, se insinúa en la sect. 3[2]. Este derecho de modificar los regímenes establecidos en razón de la inobservancia de los derechos humanos fue la justificación esgrimida en la *Declaración de Independencia* (1776) de los Estados Unidos de América, país a cuya hospitalidad estamos acogidos en esta ocasión. En esa declaración se habla, como de una verdad evidente, de derechos de los que el hombre ha sido dotado por el Creador –esto es, derechos naturales– en función de los cuales se instituyen los gobiernos[3]. La misma idea de unos derechos preexistentes (o "anteriores") a las leyes positivas, en función de los cuales nacerían las comunidades políticas y los gobiernos, se repite en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, donde aparece la

---

1. Cfr. J. HERVADA–J. M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de derechos humanos* (Pamplona 1978), n. 2. En adelante esta obra se cita HZ seguida del número marginal que corresponde a cada texto.

2. "(...) and that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purpose, a majority of the community hath and indubitable, unalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal". HZ, 4.

3. "We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness. That, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of governed. That, whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it and to institute new government". HZ, 19.

expresión *droits de l'homme* de la que deriva la actual de *derechos humanos*. Para sus redactores, la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, estos derechos son derechos naturales, inalienables y sagrados, la Asamblea Nacional los reconoce y declara –no los otorga, concede o constituye–[4] y su conservación es la finalidad de toda comunidad política; dentro de estos derechos figura la resistencia a la opresión[5]. Independientemente de la influencia que el pensamiento liberal de la época tenga en los matices de la redacción de esos documentos, es claro que los derechos humanos –derechos del hombre, derechos inherentes o derechos naturales– se entienden como derechos que el hombre posee por virtud de sí mismo, preexistentes a las leyes positivas, las cuales se consideran justas si respetan esos derechos e injustas y opresoras si son contrarias a ellos.

La misma idea básica o nota esencial de los derechos humanos la encontramos en los documentos internacionales de nuestra época. El primero en el tiempo, la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (1948) habla repetidamente de derechos esenciales del hombre, afirmando que "los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana"[6].

La *Declaración Univesal de Derechos Humanos* (ONU, 1948) se abre señalando que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalie-

---

4. Vide el preámbulo (HZ, 20).
5. Cfr. art. 2 (HZ, 23).
6. Introducción (HZ, 123).

nables de todos los miembros de la familia humana"; estos derechos humanos deben ser "protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión"[7], afirmándose en el art. 1 que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos" (lo que viene a decir que el hombre es portador de tales derechos por sí, no por concesión legal). Constantemente se habla de reconocimiento, respeto y protección, nunca de otorgar o conceder. Y es obvio que se reconoce, respeta y protege por las leyes lo que preexiste a ellas; lo que por ellas existe, se otorga y se concede. Por otra parte, en el lenguaje de la *Declaración Universal*, la tiranía y la opresión son los "actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad" originados por "el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos"[8].

Aunque menos expresivo, el *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (1950) habla también de reconocer, aplicar, proteger, desarrollar y respetar los derechos humanos[9], a la vez que el art. 1 afirma que "las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio"[10]; la ausencia del *otorgar* y la presencia del *reconocer* abonan nuevamente la idea central sobre los derechos que estamos exponiendo.

Idea ésta que aparece inequívocamente expresada en el preámbulo del *Pacto internacinal de derechos económicos, sociales y políticos* (1966) en el que se dice: "Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inhe-

---

7. Preámbulo (HZ, 225 y 227).

8. Preámbulo (HZ, 226).

9. Vide el preámbulo (HZ, 343).

10. HZ, 344.

rente a la persona humana..."[11], frase literalmente reproducida en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*[12].

Por último, recordemos que el *Pacto de San José de Costa Rica* (1969), también conocido por *Convención Americana de Derechos Humanos*, reconoce, según sus propios términos, "que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno"[13].

Resulta innecesario traer más testimonios, porque se trata de algo que es inherente al concepto mismo de derechos humanos: la noción de derechos humanos expresa unos derechos preexistentes a las leyes positivas, cuya contravención genera injusticia.

2. *Los derechos humanos y el concepto de derecho*

Si los derechos humanos no constituyen un espejismo, una fantasía irreal o simplemente un sentir sin base en la realidad, si son realidades humanas, esto es, si existen objetivamente, parece claro que tienen una relación íntima con el concepto de derecho. No creo decir cosa inexacta al afirmar que, hasta ahora, los filósofos del derecho, al intentar llegar a un concepto de derecho, no han tenido en cuenta –al menos en la debida

---

11. HZ, 1319.
12. HZ, 1378.
13. Preámbulo (HZ, 1558).

proporción– los derechos humanos. Puede decirse que los derechos humanos no han sido un dato relevante para llegar a la noción del derecho. Más bien se ha dado la postura inversa: supuesta una noción de derecho, los –relativamente– pocos filósofos del derecho que han tratado de los derechos humanos, los han caracterizado según esa previa noción.

Ahora bien, si el concepto de derecho no es un *a priori* sino el resultado de la observación de todas las realidades jurídicas, parece claro que la vía hasta ahora seguida es insuficiente, pues no debe aplicarse a los derechos humanos un concepto previo de derecho, antes bien el concepto de derecho debe tener en cuenta, entre otras realidades jurídicas, los derechos humanos.

Claro que inmediatamente nos encontramos con un problema crucial: los derechos humanos, ¿son verdaderamente *derechos*? A nadie se le oculta que nos encontramos, respecto a este interrrogante, con dos datos de difícil armonización. Si nos fijamos en el lenguaje utilizado, observaremos que nadie ha puesto en duda la legitimidad del nombre *derecho* aplicado a los derechos humanos. La terminología utilizada para designarlos ha sido muy variada: derechos humanos, derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos naturales, derechos esenciales, derechos inherentes. Pero en ningún caso se ha cuestionado que se les llame derechos. ¿Por qué esa unanimidad?

El otro dato ya no es tan universal, ni unánime, mas no por eso deja de merecer consideración: no pocos filósofos del derecho y juristas niegan que los derechos humanos sean propiamente derechos; siguen llamándoles derechos, pero entienden que se trata más bien –aquí la diversidad de opiniones se multiplica– de valores, de postulados políticos, de exigencias sociológicas, etc. ¿Dónde está el origen de estas opiniones? Sin duda, el origen reside –por encima de otros posibles rasgos de

los derechos humanos– en la nota esencial de estos derechos de la que estamos hablando: preexistir a la ley positiva. Es, en efecto, rasgo común de esos autores negar que pueda existir un derecho propiamente tal fuera de la concesión u otorgamiento de la ley positiva, pues sólo la ley positiva es verdadero derecho, origen de genuinos derechos de los sujetos.

No hace falta resaltar que, si bien esos tipos de opiniones no niegan que existan valores, postulados o exigencias que la ley positiva deba tener en cuenta, niegan que existan derechos humanos, aunque usen profusamente esta terminología y sean defensores –incluso ardorosos– de esos valores, postulados o exigencias, que según ellos *se llaman* derechos humanos, pero que *no son* derechos.

Si ahora nos preguntamos por la unanimidad con que los derechos humanos se llaman derechos, la respuesta, que indudablemente debe ser matizada para no caer en indebidas inexactitudes, es la siguiente: hasta la generalización del positivismo jurídico en el siglo XIX, la conciencia jurídica común –las excepciones fueron raras y estadísticamente irrelevantes– admitió la existencia de verdaderos derechos anteriores a la ley positiva –los juristas romanos los llamaron *iura naturalia*–, y esa conciencia, pese a la extensión de las distintas formas de positivismo y posiciones análogas, sigue existiendo. Es más, cuando la teoría de los derechos humanos surgió con las características con que ahora la conocemos, en el siglo XVIII, se partió como verdad inconcusa de que esos derechos son verdaderamente tales y por eso así se les llamó. Durante más de veinticuatro siglos –con distintas fórmulas: lo justo natural, ley divina, derecho natural, etc.– no se cuestionó la posibilidad de verdaderos derechos preexistentes a la ley positiva y en nuestros días

son muchos –entre los cuales me encuentro[14]– los que no ponen en duda tal posibilidad.

Por otra parte, me parece que negar que los derechos humanos sean verdaderos derechos *porque son preexistentes a la ley positiva* es un apriorismo, esto es, procede de adoptar un concepto de derecho elaborado sobre las leyes positivas (estatales o no) sin que los derechos humanos hayan sido tomados en consideración. Para convencerse de que esto es así basta leer los libros de filosofía del derecho: ningún seguidor de las corrientes más generalizadas ha tenido en cuenta los derechos humanos para elaborar la noción de derecho.

Este es uno de los principales problemas que a la filosofía del derecho plantean los derechos humanos: ¿qué realidad debe tenerse en cuenta para elaborar el concepto de derecho; ¿cuáles son los datos de los que hay que partir? La respuesta es importante para nuestro tema: si la realidad a tener en cuenta –no digo como punto de llegada, sino como punto de partida– es todo aquello que la conciencia jurídica ha tenido y tiene como derecho, me parece que los derechos humanos deben ser tomados en consideración, y en este caso se impone eliminar como punto de partida la ecuación "derecho igual a ley positiva" y reconocer –al menos como posibilidad– la existencia de verdaderos derechos *preexistentes a la ley positiva.*

Quizás lo más resaltable, desde el punto de vista de los derechos humanos, sea que la solución que reciba el problema planteado incide en la noción misma de los derechos humanos y en su existencia en cuanto tales derechos. Si negamos que los derechos humanos tengan verdadera naturaleza jurídica, no sólo negamos su

---

14. Vide J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural* (Pamplona 1981).

existencia como derechos, sino que además la idea en la que se asientan se desvanece completamente, porque los valores, postulados o exigencias –de los que hablan distintos autores– en cuanto dimensiones del derecho, se transforman en valores, postulados o exigencias de la ley (positiva) perdiendo los derechos humanos su condición de una dimensión propia del hombre frente a la ley positiva. Y en este caso, ¿qué queda de la idea de unos derechos inherentes al ser humano, contra el cual se comete injusticia –se le priva de algo suyo– si no se respetan esos derechos? A mi juicio, sólo si se admite una noción de derecho, compatible con la existencia de un núcleo fundamental de derecho distinto de derecho positivo, es posible una teoría de los derechos humanos coherente con lo que quiere expresarse con ella: que la ley positiva no es soberana frente al hombre, porque éste posee unos bienes jurídicos inherentes que prexisten a la ley positiva y que son medida de la justicia o injusticia de la ley positiva.

3. *El fenómeno jurídico, ¿es natural o cultural?*

En relación con lo que acabamos de ver surge otra pregunta: el fenómeno jurídico, en sí mismo considerado, ¿es un fenómeno natural o meramente cultural? Aclaro inmediatamente que, al hacer esta pregunta, no intento dar a *natural* y a *cultural* un sentido excluyente. Que el derecho tiene mucho de obra cultural es tan evidente que no merece la pena detenerse en explicarlo. El sentido de la pregunta es éste: la existencia misma del fenómeno jurídico, ¿es enteramente obra cultural? o, por el contrario, ¿tiene una base natural? Pongamos unos ejemplos. La aeronáutica es una invención humana; sin duda el hombre no podría construir aviones y volar con

ellos si no respetase las leyes físicas, pero no cabe duda de que la aviación es un invento humano, obra de la cultura. La comunicación oral, en cambio, es un fenómeno distinto; ciertamente, cada sistema de símbolos –cada idioma– es un producto cultural, mas es natural y no cultural la existencia misma de la comunión oral: es la naturaleza la que ha dotado al hombre de laringe, cuerdas vocales, etc., y el hombre es naturalmente un ser que se comunica con los demás. El fenómeno comunicativo es natural, aunque sea cultural el código de símbolos de comunicación. Este es el sentido de la pregunta antes hecha: ¿es el derecho un fenómeno *inventado* por el hombre, obra enteramente cultural, o es un fenómeno connatural al hombre, aunque la legislación concreta de cada sociedad se entienda de origen cultural, esto es, positivo?

Esta es una pregunta que la existencia de los derechos humanos plantea necesariamente. Recordemos que la teoría moderna de los derechos humanos nació, en el contexto del pensamiento del siglo XVIII, sobre la base de unos derechos precedentes a la sociedad; y, por su parte, los documentos contemporáneos antes señalados conciben los derechos humanos como preexistentes a la ley positiva. Pues bien, ¿cómo entenderlos como preexistentes a la ley positiva sin que el fenómeno jurídico sea natural al hombre? Si el fenómeno jurídico es, exclusiva y radicalmente cultural, ¿cómo entender algo jurídico inherente al hombre, esencial a él, cuyo fundamento son los atributos de la persona humana, intrínseco a todo hombre, que se desprende de la dignidad inherente a la persona humana? Porque es evidente que los derechos humanos resultan ininteligibles sin una relación esencial al derecho.

Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la naturaleza de los derechos humanos –admitida su existencia–, no parece que puedan entenderse como algo

en sí mismo ajeno al derecho, y, en consecuencia, su existencia pone en *crisis* –en la necesidad de replantearla– la concepción del fenómeno jurídico como algo meramente cultural, como sólo invento del hombre.

La cuestión podría obviarse afirmando que los derechos humanos son únicamente un producto cultural. Pero, si no me engaño, tal opinión equivaldría a negar la existencia misma de esos derechos. Dado que los documentos antes citados dicen que los derechos humanos son *esenciales, inherentes* al ser del hombre o a la condición humana, que se fundan en los *atributos de la persona humana* y se desprenden de la *dignidad inherente a la persona humana,* una de dos, o tales documentos hablan de algo inexistente, o los derechos humanos no son productos meramente culturales, sino que se enraizan en algo jurídico connatural al hombre. Por lo demás, desde su nacimiento hasta hoy, lo que late tras los derechos humanos es la antigua y permanente idea de que existe algo –que llamamos derechos del hombre, derechos naturales o derechos humanos– poseído por el hombre como tal, frente a lo cual la ley positiva o lo reconoce o es injusta. Si entendemos los derechos humanos exclusivamente como algo cultural, necesariamente los debemos entender como derechos (o bienes jurídicos), no meramente reconocidos, sino otorgados y creados por la sociedad, sea mediante ley o costumbre, sea mediante un *consensus* social generalizado. Pero esto no es la idea que, según vimos, caracteriza esencialmente los derechos humanos. Esta es la cuestión. ¿cómo puede ser compatible entender el fenómeno jurídico como meramente cultural y, a la vez, reconocer como verdadera la idea de los derechos humanos? Personalmente no me parece una solución correcta negar que sea adecuada a la realidad la idea de los derechos humanos como preexistentes a la ley positiva y al *consensus* social. Por lo mismo, entiendo que el fenómeno jurídico es, en su base, un fenómeno natural –hay realidades jurídicas naturales–,

una de cuyas expresiones son los derechos humanos.

Mis palabras anteriores, en lo que sobrepasan al estricto planteamiento de un problema, se fundan –como resulta fácil advertir– en admitir que los derechos humanos no son resultado de una ideología –como entienden una serie de autores–, no son un invento del hombre, sino una realidad. El hecho psicológico en cuya virtud los hombres y las sociedades admiten esos derechos como anteriores a la ley positiva y al consenso social –tal como reflejan los documentos estudiados y las reacciones normales de los hombres– no es una reacción debida a factores meramente culturales, sino a dictados naturales de la razón natural. En otras palabras, la idea de los derechos humanos como preexistentes a los factores positivos es *verdadera*, porque obedece a una real conformación del ser humano. De ahí la necesidad, pienso, de que la filosofía del derecho estudie el fenómeno jurídico teniendo en cuenta los derechos humanos y que no se intente establecer una noción de derecho sin tomarlos en consideración.

4. *Los derechos humanos y la noción de persona*

La nota esencial de los derechos humanos de la que venimos hablando plantea una cuestión no pequeña en relación al concepto jurídico de persona. ¿Es compatible con los derechos humanos la noción de persona, que todavía prevalece en la doctrina jurídica? La persona es definida como *sujeto de derechos y obligaciones* o también como *sujeto capaz de derechos y obligaciones*. Sin embargo, no es en este punto donde se plantea el problema, sino en dos caracteres o notas del concepto de persona, que –en muchas ocasiones sólo implícitamente– están presentes en el uso que del concepto de persona hacen la

doctrina científica y los jueces y tribunales. Estas dos notas son las siguientes: a) ser persona está en relación con el *status* o rol social; b) ser persona es una concepción de la ley positiva, o dicho de otro modo, es persona quien como tal es tenido por la ley. Examinemos por separado ambas notas.

a) Una de las ideas más inconscientemente arraigadas –y, por eso, menos explícitamente puesta de relieve– es que los derechos y deberes se tienen en virtud del papel o rol que el hombre desarrolla en la vida social. El origen o fundamento de los derechos y deberes sería el *status* o estado social, o sea, en términos sociológicos más modernos, el rol social. Aparece aquí la *condición* social como origen de los derechos y deberes. Sin duda hay muchos derechos y deberes que están en relación con la condición y oficio sociales; pero de ahí se da un paso, que es el que plantea la cuestión; este paso consiste en la idea de que *todos* los derechos y deberes dimanan de la *condición;* y por eso persona en sentido jurídico es el *hombre en una condición social.* Este es el origen de la conocida y antigua definición de persona: "persona es el hombre en su estado" (como puede verse en Heineccio); o de frases no menos conocidas como la romana "por naturaleza se es hombre, por el estado se es persona". Una consecuencia bien conocida es la discriminación que, al calor de esta forma de entender la persona en sentido jurídico, se introduce: si la plenitud de derechos se tiene –por ejemplo– por la casta, serán discriminados los hombres de las castas que se consideran inferiores; si el criterio es la raza, se discriminará a los hombres de otras razas; si es la nobleza, los discriminados serán los hombres llanos, etc.

Principio fundamental de los derechos humanos es que estos derechos no deben su origen a la condición o rol de la persona, sino que son inherentes al hecho de ser

hombre: por eso se relacionan con los atributos del ser humano o con su dignidad; y por eso también, las declaraciones y pactos internacionales sobre esos derechos insisten reiteradamente en que los posee todo hombre *con independencia de cualquier condición*. Esto tiene, cara al pensamiento jurídico, una indudable trascendencia, porque ese principio fundamental de los derechos humanos sólo es entendible si se parte del supuesto de que hay un núcleo básico de derechos –los derechos humanos– que ni nacen de una condición del hombre, ni de ella dependen. Todos los hombres son titulares de esos derechos, independientemente de su condición, porque esos derechos preexisten a cualquier condición y son independientes de ella. Lo cual significa que no se es persona, en sentido jurídico, en virtud de alguna condición, sino por el mero hecho de ser hombre.

b) La opinión de que se es persona por concesión de la ley positiva, o si se quiere la proposición "es persona quien dice la ley positiva", plantea la cuestión de su compatibilidad con la realidad de unos derechos (o bienes jurídicos) preexistentes a la ley positiva. Si existen verdaderos derechos humanos –esto es, si los derechos humanos no sólo se llaman derechos sino que lo son, como pienso–, la incompatibilidad es manifiesta, porque si el hombre es sujeto de derechos con precedencia a la ley positiva, es persona con independencia de esa ley.

Si los derechos humanos no se entienden como verdaderos derechos, pero se admite al menos lo mínimo para que la idea misma de derechos humanos no se desvanezca completamente (bienes jurídicos inherentes al ser humano), por lo menos habrá de aceptarse la presencia en el ser humano de algo que, siendo inherente a él, preexiste a la ley positiva como medida de su justicia e injusticia. Ese mínimo no puede ser otra cosa que el reconocimiento del hombre como portador y

titular de bienes jurídicos inherentes a él, que lo constituyen como *sujeto* ante el derecho y no como mero *objeto*. Esta subjetividad jurídica –ser sujeto ante el derecho– ya constituye al hombre como persona –como sujeto– ante la ley.

Si, en cambio, no se admite ninguna subjetividad jurídica inherente al ser humano, si se afirma que el hombre no es, de suyo, sujeto ante la ley, si la personalidad jurídica se tiene enteramente por creación de la ley positiva, parece obvio que no pueden admitirse los derechos humanos, en cuanto representan o verdaderos derechos o bienes jurídicos y valores objetivos inherentes al ser humano. Los derechos humanos –tal como se entienden en las declaraciones y los pactos– se desvanecen; se esfuma la nota esencial de los derechos humanos de la que venimos hablando. Si la personalidad jurídica no preexiste a la ley positiva, no existen los derechos humanos, sino –acaso– otra cosa distinta.

De ahí la trascendencia del art. 6 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, recogido en otros textos internacionales: todo hombre, dice, tiene derecho en todas partes a ser reconocido como persona ante la ley[15]. El lenguaje es el mismo que hemos analizado al principio y tiene el mismo sentido; pues bien, si ser persona ante la ley, si la personalidad jurídica debe ser reconocida en todas partes a todo hombre y a esto se le califica de derecho humano, la conclusión es clara: ser persona en sentido jurídico es prexistente a toda ley positiva, la personalidad jurídica debe reconocerse a todo ser humano independientemente de su condición

15. El art. 6 dice textualmente en su versión inglesa: "Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law". Utilizo esta versión, porque me parece más clara que la oficial castellana: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (HZ, 239).

–también la de nacido o no nacido– y allí donde no se reconozca personalidad jurídica a un ser humano preexistente –cualquiera que sea su raza o casta, haya nacido o no nacido, o cualquiera otra condición– se comete injusticia.

Si las cosas son así, si el citado art. 6 y, en general, las ideas claves de la teoría de los derechos humanos, tal como nos aparecen en los textos internacionales, no son un inmenso error, ¿cómo compaginar todo esto con la noción de persona en sentido jurídico como una condición jurídica atribuida por la ley positiva?

Por otra parte, e independientemente de la filosofía jurídica que se siga, aplicar a la vida jurídica el principio de que "es persona ante las leyes de un Estado determinado, aquel a quien la ley positiva de ese Estado reconozca como tal" constituye un notorio quebrantamiento del art. 6 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y, en el ámbito de los países que han firmado el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (1966), una contravención de su art. 16[16].

5. *El ser humano como sujeto de derechos innatos*

Aunque son varios más los problemas que los derechos humanos plantean a la filosofía del derecho, me parecen suficientes los que he tratado de enunciar para mostrar cuál sea el sustrato común a todos ellos: si hay un núcleo jurídico inherente a la persona humana, ¿cómo reducir el derecho a la ley positiva?

La cuestión reside en que negar ese núcleo jurídico

---

16. Recoge literalmente el art. 6 de la *Declaración Universal*: cfr. HZ, 1424.

inherente al ser humano equivale a negar la existencia misma de los derechos humanos. Por eso no se trata simplemente de un tema erudito sobre el derecho, sino, a la vez, de un punto clave de la teoría de los derechos humanos.

Entiendo que los filósofos del derecho –y en general los juristas– deben enfrentarse decididamente con esta cuestión: ¿posee el hombre derechos innatos o, al menos, es portador de bienes jurídicos inherentes a su ser? Y hay que enfrentarse a ella conscientes de su trascendencia: contestar afirmativamente equivale a negar que únicamente sea derecho la ley positiva; a su vez, sostener que sólo la ley positiva es derecho significa negar que existan los derechos humanos –tal como aparecen en las declaraciones y en los pactos– y su sustitución –en su caso– por otra cosa distinta. No hace falta, creo, insistir en la razón: si algo parece claro respecto de los derechos humanos es que una nota esencial suya es la de que no provienen de una concesión de los poderes sociales ni del consenso general, sino del propio ser humano.

Así, pues, este es el reto que se plantea a los juristas y a los filósofos del derecho: ¿existen o no existen los derechos humanos? Cuanto dicen las declaraciones, antiguas y modernas, y los pactos internacionales sobre derechos inherentes, derechos esenciales, derechos fundados en los atributos o en la dignidad de la persona humana, ¿es vana palabrería, una idea equivocada que se traduce en un lenguaje lleno de impropiedades? o, por el contrario, ¿expresa una sencilla verdad: el ser humano es portador de un núcleo innato de derecho? Me parece fundamental plantearse la cuestión con toda claridad y sin prejuicios. Sin resolverla, cuanto se diga sobre los derechos humanos será un bello edificio sin cimientos, pues siempre quedará en pie la pregunta fundamental: ¿existen o no existen los derechos humanos?

6. *Conclusión*

Habiendo planteado las cuestiones que anunciaba al principio, creo haber cumplido el propósito de esta comunicación. Pero no quisiera terminar sin apuntar lo que, a mi juicio, puede ser el camino más correcto de responder a la cuestión planteada. Entiendo que las declaraciones y los pactos internacionales sobre derechos humanos expresan una profunda realidad humana y aquella idea sobre los derechos humanos que responde a su genuina naturaleza: derechos inherentes a todo ser humano, fundados en su dignidad de persona. Por eso entiendo que la teoría de los derechos humanos debe asentarse en estos postulados: a) los derechos humanos son verdaderos derechos; b) estos derechos son preexistentes -y, en consecuencia, independientes- de la ley positiva y del consenso social; c) estos derechos se fundan en el hecho de que el hombre es persona, entendiendo por persona un ser dotado de dignidad, dueño de sí y, en consecuencia, portador de unos bienes que son derechos suyos.

Los derechos humanos son una realidad -no una ideología-, y por lo tanto corresponde a la filosofía del derecho dar una noción de derecho que se acomode a esa realidad. No a la inversa.

LIBERTAD DE CONCIENCIA Y ERROR SOBRE LA MORALIDAD DE UNA TERAPÉUTICA*

* Estudio elaborado para el libro-homenaje dedicado al Prof. Pietro Gismondi.



Publicado en "Persona y Derecho", XI (1984), págs. 13-53.

1. *Planteamiento*

La cuestión tratada en estas páginas se refiere a la influencia que el error sobre la licitud moral de un medio terapéutico puede tener en orden al juicio que la conducta subsiguiente –omisión del medio terapéutico con el consiguiente daño grave o muerte propios o ajenos– debe merecer ante el derecho positivo. El supuesto de hecho que plantea la cuestión es el siguiente: inducida por error acerca de la licitud moral de un medio terapéutico determinado, una persona se niega –por motivos de conciencia– a que tal terapéutica le sea aplicada, o se opone a que sea sometida a ella quien está bajo su custodia (casos de los padres, tutores, etc.); como consecuencia de esta actitud, si se omite la aplicación del medio terapéutico, el enfermo sufre un grave daño o muere. En estos supuestos, ¿debe administrarse al enfermo la terapéutica en sí lícita moralmente, cuando él o aquéllos bajo cuya custodia está oponen objeción de conciencia a tal terapéutica?, ¿comete suicidio o intento de suicidio el enfermo objetor de conciencia?, ¿cometen el delito de homicidio o lesiones graves por omisión sus padres, tutores, etc., si se oponen a la aplicación de esos medios terapéuticos al enfermo por objeción de conciencia?

No se trata, como fácilmente se comprende, de un supuesto tan sólo hipotético. Me he limitado a plantear en términos generales un caso que, de cuando en cuando, aparece en el foro: el de la secta denominada Testigos

de Jehová, quienes, por error acerca de la licitud moral de las transfusiones de sangre, oponen contra ella objeción de conciencia. Pero el caso de los Testigos de Jehová no es el único posible; por ello, parece preferible proponer la cuestión en términos generales, en lugar de ceñirla al supuesto que plantea dicha secta, si bien se ejemplificará el asunto que nos ocupa con dos casos relativos a ella.

He dicho que la cuestión versa sobre el juicio que la conducta analizada *debe* merecer al derecho positivo. Por lo tanto, la cuestión no se propone aquí en relación a un derecho positivo concreto, sino en el plano de *lo justo natural*[1], O dicho de otro modo, se plantea el tema en el

---

1. ARISTÓTELES, *Etica a Nicómaco*, V, 7, 1134 b. Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, 2ª ed. (Pamplona 1982). Desde perspectivas no iusnaturalistas, se diría que la cuestión se plantea en el plano de los valores, de los llamados "derechos morales" (cfr. A. L. HART, *¿Existen derechos naturales?*, en "Filosofía Política", recop. por A. Quinton, México 1974, págs. 84 ss., y C. S. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires 1980), de los principios éticos, de la justicia (vide, sobre este punto, J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, ed. castellana, México 1979), o cosas semejantes.

Al referirme a lo justo natural, es claro que me sitúo en una posición no relativista. Ni en el relativismo en sentido estricto, cuya más lúcida exposición sigue siendo –pese al tiempo transcurrido y las posteriores rectificaciones parciales de su autor– la obra de G. RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, ed. castellana (Madrid 1933), págs. 13 ss.; ni tampoco en lo que me permito llamar el relativismo en sentido amplio. En este sentido amplio, denomino relativistas a todas aquellas posiciones no dogmáticas que se caracterizan por la negativa a admitir criterios objetivos derivados de la naturaleza humana, válidos por sí y no por consenso, por costumbre o ley, tanto si esta actitud es consecuencia de la escisión entre el ser y el deber-ser, como si es fruto de la reducción del deber-ser a la fuerza social o a las pautas sociales de comportamiento de un grupo.

Para una visión de conjunto de las distintas teorías sobre la noción y fundamentación de los derechos humanos, vide E. FERNÁNDEZ, *El problema del fundamento de los derechos humanos*, en "Anuario de Derechos Humanos", I (1981), págs. 73 ss.; VARIOS, *Le*

plano de los derechos humanos, entendidos como derechos naturales[2].

I. LOS SUPUESTOS DE HECHO

2. *Dos casos tipo*

Para desarrollar la cuestión me parece conveniente comenzar por exponer dos casos tipo –históricos, no imaginados–, representativos de los interrogantes que provoca el error acerca de la moralidad de una terapéutica.

Primero: Un matrimonio norteamericano de testigos de Jehová se encontró en la siguiente situación. Por una fuerte hemorragia originada al dar a luz una hija, la mujer tuvo necesidad de recibir unas transfusiones de sangre, para salvar la vida, no conociéndose otros medios terapéuticos eficaces en su caso. A su vez, la recién nacida padecía una enfermedad que exigía la misma terapéutica, sin la cual o moriría o se convertiría en subnormal. Como según la citada secta las transfusiones de sangre se entienden moralmente ilícitas, la madre se opuso a recibirlas y ambos cónyuges, de común acuerdo,

---

fondement des droits de l'homme (Firenze 1966).

2. Sobre este punto, cfr. J. HERVADA, *Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho*, en "Persona y Derecho", IX (1982), págs. 243 ss. (Recogido en páginas anteriores de este volumen). Vide A. TRUYOL, *Los derechos humanos*, 3ª ed. (1977), págs. 167 ss.; J. MARITAIN, *Los derechos del hombre y la ley natural*, ed. castellana (Buenos Aires 1972); J. M. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford 1980).

se negaron a autorizar dichas transfusiones para la hija. Ante esta actitud, la Dirección del centro sanitario en el que la mujer estaba ingresada solicitó la intervención del juez, quien, oídas las partes y seguido el procedimiento legal aplicable al caso, ordenó que se respetase la decisión de la mujer, que murió. En cambio, ordenó que a la niña se le aplicase la terapéutica indicada, con lo cual se salvó de la muerte o la subnormalidad, según hubiese sido el curso de su enfermedad.

Cuáles sean los términos del problema que se plantea en este supuesto es algo al parecer claro: la actitud de la mujer tiene visos de constituir un suicidio por omisión, que estaría causado por error acerca de la moralidad de la terapéutica. A su vez, la actitud de los médicos y de la Dirección del centro sanitario de respetar la decisión de la mujer podría suponer una omisión grave respecto de su deber de salvar la vida del enfermo (en España se podría incurrir en alguno de los delitos tipificados por los arts. 338 bis y 489 bis del Código Penal). El derecho a la libertad religiosa y a la libertad de conciencia no ampararían en este caso –objeción de conciencia– ni al enfermo ni a los médicos. En el caso expuesto, parece ser que ésta fue –en términos de duda– la mente de quienes llamaron al juez, el cual resolvió la cuestión en favor de la libertad de conciencia respecto de la persona adulta, no admitiendo en cambio la objeción de los representantes legítimos respecto de una menor sin uso de razón.

Segundo: A un matrimonio italiano le nació una hija con una enfermedad, por cuya causa la niña debía recibir periódicamente transfusiones de sangre para vivir. Esta terapéutica le fue aplicada sin problemas hasta los tres años. Al cumplir esa edad, los padres se hicieron testigos de Jehová y, como consecuencia, suspendieron las transfusiones, al tiempo que buscaban otros remedios para su hija. Esta búsqueda resultó infructuosa, por lo

cual la niña murió. Denunciado el caso por un familiar, los Tribunales condenaron al marido y a la mujer como reos de homicidio por omisión. En este caso, la Justicia se inclinó por la irrelevancia de la libertad de conciencia ante lo que parece ser un ataque al derecho a la vida de una persona, por omitir la obligada protección a su vida en virtud de unos deberes específicos (en este caso los paternos).

Todavía podríamos añadir un tercer supuesto, del que no conocemos ningún caso real, pero que podría igualmente suscitarse. Sería el del médico que opusiese objeción de conciencia, por error acerca de la licitud moral de la terapéutica: por ejemplo, que se negase a realizar transfusiones de sangre.

Los casos vistos tienen de común dos elementos: a) la objeción de conciencia frente a una terapéutica; y b) el error sobre la moralidad de dicha terapéutica como causante (*causam dans*) de la objeción. Parece, pues, que se plantea una cuestión relacionada con la libertad religiosa y con la libertad de conciencia.

3. *Determinación de los supuestos de hecho*

Resulta obvio que, para resolver la cuestión, lo primero que debe determinarse con exactitud es el supuesto de hecho; sólo entonces podrá saberse si la conducta está o no amparada por los derechos citados. Como en cualquier problema jurídico, sería poco menos que imposible acertar en la solución, si no hubiese una tipificación correcta de los hechos. Y esto es, si no me engaño, lo que no suele hacerse en la cuestión propuesta: se da por supuesto que las conductas descritas constituyen *suicidio* y *homicidio*. Pero, podemos preguntarnos, esta calificación ¿es correcta?

a) Analicemos, en primer lugar, el caso del enfermo que se niega a recibir una terapéutica por error acerca de su moralidad: ¿es un suicida?

El suicidio puede cometerse por acción u omisión. Suicida es quien toma un veneno, como es suicida quien deja de alimentarse hasta causarse la muerte. En ambos casos, se da el rasgo característico del *tipo* que llamamos suicidio: la *intentio sese occidendi*, la intención de perder la vida. Donde no hay *intentio occisiva* no hay suicidio.

En el caso de causarse la muerte por imprudencia, existe, al menos, la aceptación del peligro y, en consecuencia, no se ponen todos los medios para evitarlo, con lo que existe un cierto grado de aceptación de la posible muerte, tanto menos débil cuanto mayor sea el riesgo y, por ello, no se excluye la responsabilidad. De todas maneras, el supuesto que estamos examinando excluye la imprudencia, pues se trata de una decisión plenamente asumida.

Dejando de lado el suicidio por acción, que no es del caso, centrémonos en el suicidio por omisión. En su tipificación más amplia, podemos decir que existe suicidio por omisión, siempre que el sujeto no rehuya una situación de peligro inminente de muerte, de la que le sea posible librarse por actos voluntarios. Quien puede, por actos voluntarios, librarse de la muerte y no lo hace, es porque en su voluntad existe la *intentio* occisiva; de lo contrario huiría de la situación.

Ahora bien, el suicidio no es un simple hecho, sino una conducta moral; esto es, obedece a una *categoría moral* o, si prefiere, es un tipo jurídico y moral. Por eso, no basta que *de hecho* al sujeto le sea posible librarse de la muerte; no estamos en presencia de unas simples posibilidades *técnicas* o, si se prefiere, fácticas. Si le es de hecho posible librarse de la muerte, pero a costa de infringir un deber moral, no hay suicidio, si el sujeto, en cumplimiento de ese deber, no rehuye el peligro inmi-

nente de muerte y como consecuencia de ello pierde la vida. Así, el prisionero de guerra a quien se pone en la alternativa de ser fusilado o cometer un acto de traición, no es suicida de ningún modo al rehusar traicionar a su patria, sabiendo el destino que le espera. En este caso, no existe intención de matarse, sino simple aceptación de la muerte, de la que al sujeto le resulta *imposible* –moralmente, aunque no fácticamente– huir. En una conducta moral, tan imposible resulta la imposibilidad física como la moral. El factor de la voluntad –en un caso occisiva, en el otro de simple resignación o aceptación– es decisivo, al ser el suicidio un tipo de conducta moral y jurídica, ya que esos tipos cambian de especie de acuerdo con las distintas disposiciones de la voluntad.

El deber de conservar la vida propia se tiene dentro de los límites marcados por: 1º. el uso de medios *ordinarios*, aunque sean costosos, no existiendo el deber de acudir a los tradicionalmente llamados medios *extraordinarios* (o desproporcionados); y 2º. el uso de medios moralmente lícitos[3]. Ante un medio inmoral del que puede seguirse la recuperación de la salud o la prolongación de la vida, no sólo no existe el deber de usarlo, sino que lo hay es el deber moral de rechazarlo, que configura –ante el ordenamiento jurídico– un claro derecho al rechazo.

Cuando alguien está dispuesto a recuperar la salud o salir del peligro de muerte por todos los medios

---

3. Esta regla puede encontrarse en cualquier tratado de moral. Para su aplicación a casos que suscitan las modernas terapéuticas, vide J. LÓPEZ NAVARRO, *Prolongación artificial de la vida y los límites de la actuación médica*, en "Persona y Derecho", II (1975), págs. 183 ss.; M. SANTOS CAMACHO, *El caso de Karen A. Quinlan: comentario ético a una sentencia*, en "Persona y Derecho", II (1975), págs. 465 ss.; J. HERVADA, *Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo*, en "Persona y Derecho", II (1975), págs. 195 ss. (Recogido en páginas anteriores de este volumen).

ordinarios y moralmente lícitos, no hay en él ninguna *intentio sese occidendi*, sino todo lo contrario. El rechazo de una terapéutica inmoral no incluye voluntad occisiva alguna, sino simple aceptación de los límites de la capacidad humana para recuperar la salud, ya que el medio inmoral es un medio de imposible uso, por imposibilidad moral.

Vistos estos puntos previos, analicemos ahora el tipo de conducta de quien, por error sobre la moralidad de una terapéutica, la rechaza considerándola inmoral. ¿El error induce a un tipo de conducta suicida? Un somero análisis del supuesto de hecho nos indica que no. No hay, en la conducta inducida por el error, ninguna *intentio sese occidendi*. La actitud psicológica y moral de quien, por error, rechaza una terapéutica lícita, es la misma que la de quien rechaza sin error una terapéutica inmoral. La actitud que el error causa –aquella de la que el error es *causam dans*– no es suicidal, sino la de quien acepta la muerte o se resigna ante ella por imposibilidad moral de curación o de prolongación de la vida. Como sea que la regla inmediata de conducta moral es la conciencia[4], la actitud de quien, por error, rechaza una tera-

4. En moral se dice que la regla subjetiva de conducta es la conciencia verdadera y la invenciblemente errónea; esta última es aquella que –errando– está segura de que su dictamen es verdadero o, teniendo alguna inseguridad, carece de los medios adecuados para salir de la duda. No es, en cambio, regla del obrar la conciencia venciblemente errónea, o sea, aquella que advierte la posibilidad de que su dictamen puede estar errado, ya que en tal caso se está obligado a poner los medios para salir de la duda. Por supuesto que esto es válido en el caso examinado; lo que ocurre es que, en tanto el error no se ha vencido, lo correcto es rechazar la terapéutica mientras se ponen los medios para salir del error, no lo contrario, pues esto último equivaldría a actuar contra conciencia. Por eso, en el caso examinado, lo que tiene validez como regla de conducta es el dictamen de la conciencia contrario al uso de la terapéutica con error *no vencido*. Además, en los casos que suelen plantearse, con

péutica lícita, no sólo no es inmoral, sino –en tanto el error perdura– la conducta moralmente correcta. En la objeción de conciencia errónea respecto de una terapéutica no existe suicidio por omisión.

Establecido el supuesto de hecho, se trata de ver si la libertad religiosa o de conciencia ampara esa actitud que, siendo correcta moralmente y no suicidal, es de hecho dañosa sin existir objetivamente impedimento moral para evitar el daño. Por lo tanto, se trata de ver si es lícita o no –en el orden jurídico– la actitud de los médicos, de los jueces, de los familiares y, en general, de quienes tienen el deber de velar por la vida y la salud de esa persona determinada, cuando respetan la objeción de conciencia y, en consecuencia, se abstienen de poner los medios lícitos objetados para conservar la vida o restablecer la salud del enfermo objetor.

b) Pasemos ahora al otro caso: al de posible homicidio. Después de cuanto hemos dicho, podemos tratar de este supuesto más brevemente, porque mucho de lo antes visto es también aplicable aquí.

Al igual que en el suicidio, es esencial para que exista homicidio la *voluntad occisiva*. Sin voluntad occisiva no hay homicidio; en el caso de la omisión podrá haber el delito de omisión del deber de socorro (que recoge el art. 489 bis del Código Penal español) o el de omisión del deber de impedir determinados delitos (como señala el art. 338 bis del Código Penal español), pero no homicidio propiamente dicho.

Ahora bien, como el homicidio es también un tipo de conducta jurídico y moral, no hay homicidio cuando

---

frecuencia no será posible poner los medios para salir del error por razones de urgencia, por lo cual la conciencia venciblemente errónea sobre la licitud de una terapéutica será en tales circunstancias invencible *in actu*, lo que obliga a rechazar la terapéutica. Cfr. nota 60.

se omiten terapéuticas desproporcionadas (medios extraordinarios) o inmorales, pues el deber de proteger la vida y la salud ajenas está delimitado de modo igual al deber de proteger la propia vida. Quien se niega a aplicar un medio terapéutico inmoral –sea médico o familiar, tutor, etc., del enfermo– no tiene ninguna voluntad occisiva; no hay más que aceptación de los límites de la capacidad de la medicina humana. Esta es, en propiedad, la calificación que merece la conducta de quien, por error invencible acerca de la moralidad de una terapéutica, se opone a que se aplique a quien está bajo su custodia legal; y la de quien no la aplica, si a él corresponde hacerlo[5]. Por lo tanto, la calificación de homicidio no es correcta en el caso que nos ocupa. La cuestión reside –al igual que en el anterior supuesto– en ver si esta conducta, que por errónea resulta dañosa, está o no protegida por la libertad

5. Si hubiese en este caso conciencia venciblemente errónea, se incurriría en falta moral grave y, desde el punto de vista jurídico-penal, en imprudencia punible (que el Código Penal español castiga en el art. 565). Debe esperarse a salir de la inseguridad. Pero, si se trata de un caso urgente, debe aplicarse la terapéutica, porque cabe en este caso apoyarse, no ya en uno, sino en dos de los llamados principios reflejos o indirectos, que producen una certeza moral práctica, suficiente para obrar correctamente desde el punto de vista moral y, en consecuencia, sin incurrir en imprudencia. El primer principio aplicable es que en caso de duda debe estarse por lo más seguro; como el deber de proteger la vida y la salud ajenas no ofrece ninguna duda, cumplirlo es lo más seguro. El segundo principio es que lo odioso debe restringirse y lo favorable ampliarse, entendiéndose comúnmente por odioso, entre otras cosas, aquello que va contra el derecho de otra persona (en el caso contemplado, la vida, la integridad física o la salud). Se sobreentiende que se trata de terapéuticas que no interfieren posibles derechos de terceros; si, por ejemplo, se tratase de un trasplante de órganos y la duda versase sobre si el donante ha fallecido o no, o –en caso de trasplantes lícitos *inter vivos*– sobre el consentimiento y libertad del donante, actuar con duda sería ilícito moralmente y constituiría un acto penalmente punible.

religiosa o de conciencia y, en consecuencia, si es o no punible.

II. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS: LA LIBERTAD DE PENSAMIENTO, LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA LIBERTAD DE CONCIENCIA

4. *Introducción*

Una vez definidos los supuestos de hecho, toca ahora determinar cuál o cuáles derechos de libertad entran en juego. Evidentemente, como ya hemos indicado, tales derechos no pueden ser otros que las libertades religiosa o de conciencia, a las que hay que añadir la libertad ideológica o de pensamiento por la conexión que tiene con ellas.

Las libertades de pensamiento, de religión y de conciencia constituyen el núcleo fundamental de la libertad cívica, en lo que atañe al desarrollo del mundo del espíritu propio de la persona humana. Tres libertades enunciadas en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que históricamente constituyen las primeras reivindicaciones modernas de los derechos humanos, después de los traumas y heridas producidos por las guerras de religión y también -en gran manera- como consecuencia del nacimiento del pensamiento liberal[6].

Por su misma fundamentalidad aparecen constantemente en la teoría de los derechos humanos y en los

---

6. Un esbozo histórico puede encontrarse en A. TRUYOL, *Los derechos humanos*, cit.; A. FERNÁNDEZ GALIANO, *Derecho Natural*, cit., págs. 149 ss.

correspondientes instrumentos jurídicos[7]. Pero, a la vez, se observa fácilmente, respecto de ellas, una situación un tanto confusa y fluctuante. Y ello en un doble sentido: en la terminología y en la configuración jurídica.

Por una parte, la denominación de cada una de ellas es múltiple; por otra, ocurre que unas veces se presentan como una sola libertad y en otras ocasiones aparecen desglosadas. Por consiguiente, se hace precisa la tarea de tipificar lo más ajustadamente posible estas tres libertades, para resolver el caso planteado del modo más acertado.

5. *Estado de la cuestión*

A tal fin parece oportuno comenzar por describir brevemente el estado de la cuestión. Para ello y dado que no es ésta la ocasión de hacer un estudio detallado al respecto, buscaremos algunos ejemplos en los tres principales ámbitos en los cuales los derechos humanos –y particularmente los que nos ocupan– son objetos de declaraciones, enseñanza o legislación: los documentos internacionales, los textos constitucionales o similares y los documentos de los órganos supremos de la Iglesia Católica. Adelantemos que en ellos se observa una fluctuación terminológica no pequeña, a la vez que no

7. Es sabido que fueron sobre todo estas libertades las que señalaron el tránsito del Antiguo Régimen absolutista al Estado liberal; en especial, la libertad religiosa constituyó uno de los puntos clave de la política liberal, ya que la libertad de pensamiento estaba entonces –se partía del Estado confesional no tolerante– íntimamente vinculada a ella. No es, pues, extraño que Jemolo concibiese la libertad religiosa como "la primera de las libertades". *I problemi pratici della libertà* (Milano 1961), págs. 161.

parece existir un criterio claro acerca de la identificación o distinción de los citados derechos.

Esta fluctuación terminológica y categorial tiene su origen en la poca claridad con que tales derechos se definieron por la Escuela racionalista del Derecho Natural y por el liberalismo del s. XIX, y se detecta ya en las dos primeras declaraciones de derechos. Así, la declaración de Virginia (1776), tras referirse en la sec. 12 a la libertad de imprenta (incluyendo implícitamente la libertad de pensamiento), recoge en la sec. 16 la libertad religiosa como libertad de conciencia, asimilando a ambas; es bien conocido que esta asimilación fue muy común en los ss. XVIII y XIX y proviene de ver la religión bajo el prisma del deber moral[8]. La Declaración francesa de 1789, en cambio, incluyó la libertad religiosa en la libertad de opinión (art. 10), a la vez que, al tratar de la libertad de expresión (libertad de palabra y de imprenta), usó una fórmula –"de los pensamientos y de las opiniones"– que, aunque parece distinguir entre libertad de opinión y libertad de pensamiento, tiene todos los visos de ser una redundancia (art. 11)[9], de la que no se libraron los documentos posteriores. Así, pues, en la Declaración de Virginia la libertad religiosa y la libertad de conciencia se

---

8. "Que la religión, o el deber que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlo, sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de su conciencia...". J. HERVADA-J.M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de derechos humanos* (Pamplona 1978), n. 17 (en adelante HZ).

9. "Art. 10: Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley". "Art. 11: La libre comunicación de los pensamientos y de la opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede pues hablar, escribir, imprimir libremente, a reserva de responder del abuso de esta libertad, en los casos determinados por la Ley", HZ, nn. 31 y 32.

contemplan como una sola, junto a la libertad de imprenta. Esta última supone implícitamente la libertad de pensamiento y no es ajena a la libertad de conciencia, ya que ésta, en cuanto entendida como libertad religiosa, conlleva la libertad de manifestar el propio credo (además de por palabras) mediante publicaciones. En la Declaración francesa, lo que se unifica es la libertad de pensamiento y la libertad religiosa (que aparece como una parte de la libertad de pensamiento), llevando consigo la libertad de palabra y de imprenta[10].

En los textos internacionales de nuestra época encontramos una progresiva ampliación de los términos usados, a la vez que se mantendrá la fluctuación terminológica y categorial. El segundo considerando de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma, como una de las aspiraciones más elevadas del hombre, el disfrute de la libertad de palabra y de la libertad de creencias[11]. Ambas libertades se recogen en los arts. 18 y 19. Pues bien, en el primero de los artículos citados se proclama "el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión". No se trata, al parecer, de dos o tres derechos, sino de uno solo; "este derecho" se dice expresamente, tratando a continuación de la libertad de cambiar de religión o creencia –con lo cual ya aparece una fluctuación terminológica, pues las *creencias* del segundo considerando abarcan pensamiento, religión y conciencia, y aquí se distinguen de religión– y de mani-

---

10. Para los textos constitucionales anteriores a la Segunda Guerra Mundial, vide A. AULAR–B. MIRKINE–GUELTZEVITCH, *Les déclarations des droits de l'homme* (Paris 1929, reprod. Aalen 1977). Para una panorámica actual, vide L. D. DUCHACEK, *Derechos y libertades en el mundo actual*, ed. castellana (Madrid 1976).

11. "*Considerando* que... se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos... disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias". HZ, n. 226.

festar la religión y la creencia propia[12]. La redacción literal habla de la manifestación de la religión y la creencia en relación a *este derecho,* que incluye la libertad de pensamiento; sin embargo, la expresión "religión y creencias" no parece abarcar todo lo incluido en *pensamiento* pues hay cosas –v. gr., conclusiones científicas, opiniones políticas, etc.– que difícilmente pueden llamarse creencias y en ningún caso religión. No es de extrañar que el art. 19 declare a continuación el derecho a la libertad de opinión y de expresión[13]. Pero esto plantea nuevos interrogantes: ¿Se puede realmente distinguir entre libertad de pensamiento y libertad de opinión? Y si no se puede distinguir, ¿por qué ese cambio de términos entre los arts. 18 y 19 y por qué se incluyen en un solo derecho las libertades de pensamiento, conciencia y religión en el art. 18? No terminan aquí las dudas. Opinión tiene, al menos en castellano, dos sentidos: 1º) concepto que se forma una persona sobre materia cuestionable, en cuyo caso forma parte del pensamiento; y 2º) el acto de opinar, o sea, manifestar la propia opinión, y en tal caso la libertad de opinión entra dentro de la libertad de expresión. El art. 19 se refiere a la libertad de opinión y de expresión como un solo derecho: "este derecho" dice, al igual que en el art. 18. Con ello se plantea el siguiente dilema: opinión, o se toma en el primer sentido y entonces no se ve la razón de hablar en el art.

---

12. "Art. 18: Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia". HZ, n. 258.

13. "Art. 19: Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". HZ, n. 259.

18 de libertad de pensamiento; o se toma en el segundo sentido[14], en cuyo caso, además de la redundancia que resulta de hablar de opinión y expresión, no se ve claro por qué se añade el art. 19, si su contenido está ya incluido en el art. 18, que señala la manifestación o expresión como dimensión inherente a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. La fluctuación terminológica y categorial es patente. Con todo, la redacción literal de los arts. 18 y 19 insinúan la distinción entre la libertad de religión (y creencias) o de conciencia y la libertad de pensamiento. Salvo en el enunciado del derecho, el art. 18 habla propiamente de la religión, la conciencia y las creencias, mientras que el art. 19 se refiere a la libertad de pensamiento u opinión. En medio de la fluctuación, se insinúa la existencia de dos derechos.

Cuanto acabamos de decir de la Declaración Universal, puede observarse con mayor nitidez todavía en los arts. 18 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). La estructura de esos dos artículos es similar a los correspondientes de la Declaración Universal, sólo que las ideas están más desarrolladas. Por la redacción se advierte que, pese a unir en un solo derecho la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el art. 18 trata de las dos últimas, mientras que el art. 19 se refiere a la primera[15].

---

14. Esta interpretación le da K. Vasak en UNESCO, *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, reimpr. (Paris 1980), pág. 179.

15. "Art. 18: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan

El desglose en dos derechos distintos (de conciencia y religión por un lado, y de pensamienrto por otro) aparece con claridad en el Pacto de San José de Costa Rica (1969). El art. 12, bajo el rótulo de "libertad de conciencia y religión", trata de la religión y las creencias[16]. En cambio el art. 13 reconoce la "libertad de pensamiento y expresión", de modo correlativo a cómo la Declaración Universal y el Pacto Internacional citado tratan de la

---

menoscabar su libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

"Art. 19: 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...". HZ, nn. 1427-1432.

16. "*Libertad de conciencia y de religión* . Art. 12: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie será objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". HZ, nn. 1595-1598.

libertad de opinión[17]. Añadamos, únicamente, que los dos Tratados internacionales introducen el derecho de los padres a que sus hijos "reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones"[18]. Aparece, pues, la distinción entre religión y moral y se añade un nuevo término: convicciones.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, firmado dos años después de la Declaración Universal, presenta respecto de ésta algunas diferencias. Aparte de sustituir "creencia" por "convicciones", los distintos derechos aparecen descritos así: el art. 9 habla –como un solo derecho: "este derecho" –de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, dando a este derecho un contenido similar al del art. 18 de la Declaración Universal (libertad religiosa y de conciencia), de modo que incluye la manifestación externa de la religión y de las convicciones[19]; en el art. 10 se recoge la libertad de expresión, que incluye –dice– la libertad de opinión y de recibir o comunicar informaciones o ideas, con lo que parece tratarse de la libertad de pensamiento y de su manifestación, aunque vistas al revés: la libertad de expresión incluye la libertad de opinión[20].

---

17. "*Libertad de pensamiento y expresión*. Art. 13: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...". HZ, n. 1599.

18. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 18,4; *Pacto de San José de Costa Rica*, art. 12, 4.

19. "Art. 9, 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones...". HZ, n. 363.

20. "Art. 1): 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de

La conclusión que se impone es que, salvo la mayor nitidez y claridad del Pacto de San José de Costa Rica, los documentos internacionales muestran la ya indicada fluctuación terminológica y categorial. Esta fluctuación no se corrige en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia fundada en la religión o convicciones (1981), antes bien se agrava. El segundo y tercer considerandos hablan del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de convicciones, con lo que un solo derecho parece abarcar cuatro materias u objetos[21]; sin embargo, en los seis apartados restantes del preámbulo se reducen a dos: religión y convicciones. De ambas se dice algo revelador acerca del motivo por el cual debe ser respetada esa libertad (siempre aparece como una sola): porque religión y convicciones constituyen uno de los elementos fundamentales de la concepción de la vida que tiene cada hombre[22]. El articulado de la Declaración comienza con una libertad, no con cuatro materias, sino con tres: libertad de pen-

---

expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas...". HZ, n. 365. Vide, respecto del Convenio Europeo, F. MARGIOTTA BROGLIO, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (Milano 1967). Más en general, P. LANARÉS, *La liberté religieuse dans les conventions internationales et dans le droit public géneral* (Paris 1964).

21. "*Considerando* que en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos se proclaman... el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión y de convicciones. *Considerando* que el desprecio y la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de cualesquiera convicciones...".

22. "*Considerando* que la religión o las convicciones, para quien las profesa, constituyen uno de los elementos fundamentrales de su concepción de la vida y que, por tanto, la libertad de religión o de convicciones debe ser íntegramente respetada y garantizada....".

samiento, de conciencia y de religión, o sea, la ya conocida tripartición englobada en un derecho. Dentro de este derecho se incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones y la libertad de manifestarlas[23]. A partir del artículo 2 la reducción a "la religión o las convicciones" es constante, salvo en el art. 6 en el que reaparecen, tanto el binomio "religión o creencia", como la cuatripartición "pensamiento, religión, conciencia y convicción"[24].

En conjunto, aparecen en las declaraciones y pactos citados seis términos: pensamiento, religión, creencia, convicción, conciencia y opinión. Parte de ellos se usan como sinónimos unas veces y como distintos otras. Se impone, pues, una tarea de depuración y fijación de los significados de las palabras y de tipificación de los posibles derechos (uno, dos o tres). De entre ellos, el más desdibujado es el derecho a la libertad de conciencia, que parece incluirse unas veces entre las convicciones morales y otras entre las creencias religiosas.

Si del plano internacional pasamos al derecho constitucional español, el panorama no es más halagüeño. La Constitución republicana de 1931 hablaba, en el art. 27, de libertad de conciencia y del derecho de pro

23. "Art. 1: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones...".

24. "De conformidad con el artículo 1 de la presente Declaración... el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión o de convicciones comprenderá, en particular, las libertades siguientes... e) La de confeccionar, adquirir u utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o creencia... h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o creencia...".

fesar y practicar la religión (o creencias religiosas)[25], mientras el art. 34 se refería al derecho de emitir libremente ideas y opiniones[26]. Aparecen, pues, cinco términos, conciencia, religión, creencia, opinión e idea. Estos cuatro términos se reducían a dos en el Fuero de los Españoles (versión de 1967), cuyo art. 6º se refería a la libertad religiosa y cuyo art. 12 hablaba de expresar libremente las ideas[27]. Respecto de la vigente Constitución de 1978 es patente la abundancia de palabras utilizadas: conciencia, religión, opinión, ideas, pensamiento, creencia y culto[28]. El art. 16 recoge la libertad de pensa-

---

25. "Art. 27: La libertad de conciencias y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública... Todas las confesiones podrán ejercer sus cultos privadamente. Las manifestaciones públicas del culto habrán de ser, en cada caso, autorizadas por el Gobierno. Nadie podrá ser compelido a declarar oficialmente sus creencias religiosas...". J. HERVADA-J. M. ZUMAQUERO, *Textos constitucionales españoles (1808-1978)* (Pamplona 1980), n. 1112 (en adelante HZC).

26. "Art. 34: Toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas u opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión, sin sujetarse a la previa censura...". HZC, n. 1119.

27. "Art. 6º (...) El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público... Art. 12. Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado". HZC, nn. 1237 y 1243.

28. Sobre la actual Constitución española, vide, entre otros, O. ALZAGA, *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)* (Madrid 1978); F. GARRIDO FALLA Y OTROS, *Comentarios a la Constitución* (Madrid 1980); L. SÁNCHEZ AGESTA, *El sistema político de la Constitución española de 1978* (Madrid 1980); VARIOS, *La Constitución española de 1978*, dir. por A. Predieri y E. García de Enterría (Madrid 1981); VARIOS, *Lecturas sobre la Constitución española*, coord. por F. Fernández Rodríguez (Madrid 1978). Para el sistema español de libertad religiosa y de regulación del fenómeno religioso, vide VARIOS, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, 2ª ed. (Pamplona 1983), donde el lector encontrará abundante bibliografía

miento (o ideológica) y la religiosa, sin hablar de la de conciencia, la cual, sin embargo, ha de estar incluida en este artículo, pues el art. 30,2 admite la objeción de conciencia al servicio militar y el art. 20 la cláusula de conciencia en la profesión informativa. La terminología empleada en el art. 16,1 es "libertad ideológica, religiosa y de culto", mientras el n. 2 de dicho artículo habla de "ideología, religión o creencia"[29]. A su vez, el art. 20, al tratar de la libertad de expresión, incluye entre los bienes protegidos a "pensamientos, ideas y opiniones"[30].

En cuanto a los documentos de la Iglesia Católica, puede decirse que hasta el Concilio Vaticano II la libertad de pensamiento apenas aparece y las escasas alusiones se refieren a la libertad de imprenta; en cuanto a las otras dos libertades, es constante la identificación entre libertad de conciencia y libertad religiosa o de cultos. En este sentido, pueden citarse –entre otros documentos– las encíclicas *Mirari vos* de Gregorio XVI[31], *Quanta cura* de Pío IX[32], *Libertas* de León XIII[33], *Formissimam constantiam* de Pío XI[34] y *Pacem in terris* de Juan XXIII[35]. La declaración

---

al respecto.

29. "Art. 16: 1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias...". HZC, n. 1468.

30. "Art. 20: 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción...". HZC, n. 1472.

31. Nn. 9 y 10 (P. GALINDO, *Colección de encíclicas y documentos Pontificios*, 7ª ed., Madrid 1967, pág. 7 s.).

32. N. 3 (GALINDO, 900).

33. N. 37 y 39 (GALINDO, 75 s.).

34. N. 28 (GALINDO, 1930).

35. N. 14 (GALINDO, 2537).

Dignitatis humanae del II Concilio Vaticano se refiere exclusivamente a la libertad religiosa, de la que trata ampliamente, sin referirse a la libertad de pensamiento. Pero al establecer una relación directa de la libertad religiosa con la obligación de rendir culto a Dios y la libertad del acto de fe[36], tipifica claramente –aunque no se refiera a ello de forma expresa– la libertad religiosa como distinta de la libertad de pensamiento. En cambio, si bien no habla de libertad de conciencia –o de las conciencias, como precisara Pío XI en el enc. *Non abbiamo bisogno*, n. 13–, establece repetidamente un enlace entre la libertad religiosa y la conciencia[37], con lo que la posible distinción entre libertad de religión y libertad de conciencia queda muy desdibujada. En el magisterio de Juan Pablo II hay una referencia, poco significativa por el contexto, a la libertad de pensamiento, religión y conciencia como un solo derecho[38]; es, en cambio, habitual la indistinción entre libertad religiosa y de conciencia[39], salvo en una ocasión, en la que libertad de conciencia aparece tipificada con rasgos propios[40].

---

36. Nn. 1, 9, 10 y 11.

37. Nn. 1, 2, 3 y 11.

38. *Discurso pronunciado el 2-X-1979 a la XXXIV Asamblea General de la ONU*, n. 13, en *Juan Pablo II y los derechos humanos*, ed. por J. Hervada y J. M. Zumaquero, 2ª ed. (Pamplona 1982), n. 55.

39. Cfr. *Juan Pablo II y los derechos humanos*, cit., nn. 13, 28, 30, 55, 62, 66, 81, 92, 98, 101, 102, 126, 134 y 176.

40. Se refiere a la objeción de conciencia –no necesariamente motivada por creencias religiosas– de los médicos frente al aborto: "El Papa une gustoso su voz a todos los médicos de recta conciencia y hace suyos los deseos fundamentales de ellos... El deseo, además, de un respeto pleno y total, en la legislación y en los hechos, de la libertad de conciencia, entendida como derecho fundamental de la persona a no ser forzada a actuar contra la propia conciencia ni impedida de comportarse de conformidad con ella". *Juan Pablo II y los derechos humanos*, cit. n. 9; cfr. 10. También, aunque menos nítidamente, n. 20.

Entre los autores que han estudiado los derechos humanos y las libertades públicas no se encuentra tampoco unanimidad de criterios, dependiendo a veces sus posiciones de los textos positivos que estudien. Mientras algunos distinguen las tres libertades[41], otros distinguen dos: la de pensamiento y la religiosa, incluyendo la libertad de conciencia en la primera[42] o en la segunda[43]. La ciencia del Derecho del Estado sobre materias religiosas o Derecho Eclesiástico suele tipificar la libertad religiosa de tal modo que queda claramente diferenciada de la libertad de pensamiento[44], aunque últimamente, con ocasión

---

41. R. COSTE, *Théologie de la liberté religieuse* (Gembloux 1969), págs. 154 ss. Sin embargo, entiende que la libertad religiosa es la aplicación de la libertad de pensamiento y de conciencia al plano de las relaciones con Dios (pág. 161). Cfr. nota 46. La distinción en tres derechos la sostuvimos anteriormente en HZ, n. 258.

42. Cfr. C. A. COLLARD, *Libertés publiques*, 6ª ed. (Paris 1982), págs. 399 ss.

43. Así puede verse en la *Enciclopedia del diritto*, XXIV (Milano 1974), voces *Libertà di manifestazione del pensiero. Libertà di coscienza, di culto e di propaganda* y *Libertà religiosa*. Igualmente en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XV (Barcelona 1974), voces *Libertad de emisión del pensamiento, Libertad de conciencia y Libertad religiosa*.

44. Vide, por ejemplo, P. A. D'AVACK, *Tratatto di diritto ecclesiastico italiano. Parte generale*, 2ª ed. (Milano 1978); P. BELLINI, *Principi di diritto ecclesiastico*, 2ª ed. (Bresso 1976); J. G. M. CARVAJAL–C. CORRAL, *Relaciones de la Iglesia y el Estado* (Madrid 1976); G. CATALANO, *Il diritto di libertà religiosa* (Milano 1957); P. CIPROTTI, *Diritto ecclesiastico* (Padova 1959); VARIOS, *La libertad religiosa* (Madrid 1966); P. FEDELE, *La libertà religiosa* (Milano 1963); A. DE FUENMAYOR, *La libertad religiosa* (Pamplona 1974); P. GISMONDI, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Milano 1975); A. DE LA HERA, *Pluralismo y libertad religiosa* (Sevilla 1971); A. C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 5ª ed. (Milano 1979); S. LARICCIA, *Lezioni di diritto ecclesiastico* (Padova 1974); A. RAVÁ, *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana* (Milano 1959); V. REINA–A. REINA, *Lecciones de Derecho eclesiástico español* (Barcelona 1983); G. SARARENI, *Introduzione allo studio del diritto ecclesiastico* 3ª ed. (Napoli 1978);

de determinar si el ateísmo está o no amparado por la libertad religiosa, se haya producido alguna confusión al respecto[45]. La libertad de conciencia, o no es mencionada, o suele incluirse en la libertad religiosa, sin que falten quienes distinguen las tres libertades[46].

L. SPINELLI, *Diritto ecclesiastico* (Torino 1976); A. VITALE, *Ordinamento giuridico e interessi religiosi. Corso di diritto ecclesiastico*, 2ª ed. (Milano 1981); VARIOS, *Derecho Ecclesiástico del Estado Español*, cit.; G. SUÁREZ PERTIERRA, *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español* (Vitoria 1978); J. PÉREZ LLANTADA, *La libertad religiosa en España y el Vaticano II* (Madrid 1974); A. BERNÁRDEZ, *Apuntes sobre relaciones entre la Iglesia y el Estado* (Sevilla 1974); V. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 10ª ed. (Milano 1964); C. MAGNI, *Teoria del diritto ecclesiastico civile* (Padova 1952); J. HERVÁS, *La libertad religiosa* (Madrid 1966).

45. Significativa es la monografía de C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa* (Bari 1973). Sobre este punto vide I. C. IBÁN, *Contenido del derecho de libertad religiosa en el Derecho español*, en "La Ley", n. 763 (13-sept. 1983), págs. 1 ss.; ID., *Grupos confesionales atípicos en el Derecho eclesiástico español vigente*, en "Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al Prof. Maldonado" (Madrid 1983), págs. 271 ss. Sin entrar en la cuestión, me permito hacer dos observaciones. Primera, que la igualdad ante la ley se rige por la igualdad de la justicia distributiva, que es *proporción*, o sea, en el caso contemplado, la misma libertad según los cauces adecuados, en un caso de la libertad de pensamiento, en otro de la libertad religiosa. En segundo lugar, debe evitarse el peligro de caer en cuestiones ficticias; desde luego, no me imagino, pongamos por ejemplo, a una "Fundación Marxista para el Progreso del Ateísmo" solicitando su inscripción como confesión religiosa.

46. En tal sentido se pronuncia P. J. VILADRICH, en VARIOS, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, cit., págs. 204 ss.

6. *Rasgos comunes y diferenciales de las libertades de pensamiento, conciencia y religión*

Una de las tareas de la ciencia jurídica –sea del derecho positivo, sea del derecho natural– consiste en distinguir los diversos institutos jurídicos y los diferentes derechos señalando sus caracteres típicos o específicos, sus límites, su naturaleza. Esta tarea ha de realizarse también en los derechos humanos, que el jurista ha de someter a análisis para establecer el objeto de cada uno de ellos, los límites de ejercicio, los derechos derivados, etc., esto es, para establecer todo aquello que es necesario a fin de solucionar los múltiples casos que la vida social presenta.

Al respecto conviene advertir que los derechos humanos plantean una dificultad. Por tener todos ellos una misma raíz y fundamento último –la dignidad de la persona humana– están tan concatenados y relacionados entre sí, que pretender una nítida y absoluta distinción resulta poco menos que imposible. Por ejemplo, puede ocurrir que, en principio, el derecho a la vida parezca netamente distinguible del derecho a la salud y del derecho a la integridad física. Y así al primer derecho se opone la muerte, al segundo la enfermedad y al tercero las lesiones y la mutilación. Pero si tenemos en cuenta que la vida humana no es otra cosa que el propio ser del hombre –la vida en los vivientes no es nada distinto de su mismo ser–, se ve inmediatamente que la salud y la integridad son facetas de la vida humana, con lo cual los tres derechos aparecen íntimamente relacionados; por eso, en la práctica, no siempre resulta fácil determinar qué derecho se está protegiendo o atacando. La organización sanitaria, v. gr., está indistintamente al servicio de los tres derechos.

Advertir esta característica de los derechos humanos nos pone en guardia ante excesos de distinción y

conceptualización que la práctica no consiente. Pero, a la vez, el ejemplo puesto nos indica que no hay que caer en el extremo opuesto, negando toda posibilidad de distinción y toda utilidad a ella. No cabe duda de que distinguir entre derecho a la vida, a la salud y a la integridad física tiene en el campo del derecho penal una gran importancia: no es lo mismo el delito de homicidio que el de lesiones; incluso cuando se causa la muerte, no es igual el homicidio doloso que el homicidio preterintencional en el que el reo sólo quiso causar lesiones o mutilación. En otro orden de cosas, un mutilado y un enfermo no son personas en iguales condiciones: el mutilado puede tener una excelente salud; en consecuencia, las medidas en favor de unos y otros son con frecuencia distintas.

La conclusión que de lo dicho se deriva es que el proceso mental de categorización de los derechos humanos no debe ser el de conceptualización, sino el de tipificación. En otras palabras, cada figura jurídica de los derechos humanos no es un concepto o noción universal, sino un *tipo* o figura obtenida por generalización de rasgos en virtud de la frecuencia con que se producen o como representación de su realización más neta[47]. Así el derecho a la vida se tipifica por aquel rasgo que realiza de modo más básico y neto el concepto de vida: la permanencia en el ser y en el existir; por lo tanto, su opuesto *típico* es la muerte. Los *tipos* tienen como característica propia que sus notas son *generales*, no universales, y en consecuencia caben casos atípicos y zonas de penumbra entre tipos contiguos o similares.

Hechas estas observaciones, no hace falta resaltar que se trata de ver si la libertad de pensamiento, de conciencia y religiosa son *tipificables* como tres derechos dis-

---

47. Sobre los conceptos y tipos jurídicos, cfr. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, I (Pamplona 1970), págs. 172 ss.

tintos, conscientes de que existen situaciones límite en las cuales podrán entrar en juego a la vez más de uno de estos derechos, o será difícil establecer cuál de esos derechos sea el aplicable.

Si el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física se refieren especialmente a la existencia e integridad ontológicas del hombre, los derechos a las libertades de pensamiento, de conciencia y religión son cosas debidas al hombre en su dimensión de ser racional. Protegen la dignidad humana en cuanto se refiere al mundo del espíritu, o sea, al ámbito de racionalidad proyectado en el obrar del hombre. Hablamos del obrar del hombre, porque ese mundo del espíritu, en tanto no tenga una proyección operativa posible o actual, es inabarcable por el derecho.

"Es evidente –ha escrito Viladrich[48]– que, desde el ángulo eesencial, los derechos fundamentales más importantes son los que expresan las realidades más dignas, más exclusivas o específicas, las que definen al ser humano como persona. Y éstas son aquéllas que reflejan su *naturaleza de ser racional*: aquel ámbito en el que la unicidad e irrepetibilidad de cada persona humana, a través de sus facultades supremas –la inteligencia y la voluntad–, se descubre a sí misma y se realiza como mismidad digna y dueña de sí. En ese ámbito de la personalísima y singular racionalidad, en ese ámbito de la propia e inalienable conciencia, el hombre posee el libre albedrío y el señorío sobre sí mismo. Y en ese ámbito donde el hombre ejerce los actos más específicamente personales y los proyecta con su conducta al mundo de los demás y de la sociedad, allí es donde puede sufrir las más importantes y radicales vejaciones, puesto que es ahí donde se actúa la esencia misma del ser personal".

---

48. Ob. cit., págs. 203 s.

Ya hemos señalado repetidamente en otros lugares[49] que nota esencial de la persona es su condición de *dueña de sí*. La condición de ser racional, y por lo tanto libre, implica que la persona domina su ser y, en consecuencia, es capaz de dominar su entorno. Y esto, por pertenecer a su estructura ontológica, no es renunciable, de modo que cualquier pretendida renuncia configura un comportamiento atentatorio contra su dignidad (inmoralidad), así como constituye un acto radicalmente injusto la invasión coactiva de los demás. El ser del hombre, en cuanto es dominio suyo, configura una serie de derechos naturales o inherentes a la condición de persona. Cualquier modo de entender y practicar esos derechos como resultado de un consenso o estimativa social –es decir, como algo dado al hombre o puesto por la sociedad– implica necesariamente la negación del hombre como ser personal.

La raíz del dominio que el hombre tiene sobre su ser está en su racionalidad, pues es mediante el conocimiento intelectual y la voluntad de naturaleza espiritual cómo el hombre escapa a una total *necesidad* impuesta por leyes físicas y biológicas, poseyendo un amplio espacio del obrar en el que la persona es capaz de captar la finalidad de los seres y de sus actos y decidirse libremente. Por lo tanto, si es la raíz del dominio, la esfera de racionalidad constituye lo más íntimamente suyo del hombre, el más fundamental campo de dominio y, por tanto, de derechos naturales o inherentes a su condición de persona. Este es el fundamento común de los derechos a la libertad de pensamiento, de religión y de conciencia. Y estos derechos se configuran como libertades, porque –también lo escribimos en otro lugar[50]–, por ser

---

49. *Introducción crítica...*, cit., págs. 63 ss.

50. *Derecho natural, democracia y cultura*, en "Persona y Derecho", VI (1979), págs. 193 ss. (Recogido en páginas anteriores de

dominio de la persona, llevan consigo la incompetencia del Estado en estos ámbitos. Como ha dicho el autor antes citado, "se trata de un ámbito *liberado del Estado*, en el sentido de no pertenecer ni a la esencia o identidad del Estado, ni a la esfera de competencias de su poder"[51].

El ámbito de la racionalidad es el ámbito de la captación de la verdad, de la formación de opiniones, del acto de fe y de la decisión moral (aquella que se refiere a lo que el hombre hace como opción ante las exigencias de su condición de persona humana o bien moral), que se presenta así como una libertad básica, jurídicamente tipificable en libertad de pensamiento, libertad de conciencia y libertad religiosa.

¿Por qué estas tres libertades? Porque el ámbito íntimo de racionalidad, en el que el hombre pone en juego su más profunda realización como persona, comprende tres aspectos básicos: el conocimiento o relación con la verdad, la moralidad como ámbito de actuación en cuanto persona o elección del bien moral y la aceptación de la creaturidad y la consiguiente relación con Dios. De

---

este volumen).

51. Ob. cit., pág. 204. Viladrich escribe también: "En el ámbito propio, innato, inviolable, irrenunciable e imprescriptible de su racionalidad y de su conciencia personales, el hombre –cada singular e irrepetible ser humano– busca y establece su acto personal de relación con la verdad, el bien, la belleza y Dios. Sobre este ámbito, sobre tales actos y sobre la actuación personal en consonancia con ellos al vivirlos en sociedad, el Estado es *en la raíz* –como hipotético sustituto de la persona de cada ciudadano– absolutamente incompetente. Esta es la frontera entre el *Estado totalitario*, que sólo tiene ciudadanos-súbditos en todo incluso en su ámbito más personal y el *Estado democrático* de ciudadanos-libres o con libertad fundamental en el ámbito de su racionalidad y de su conciencia... El ámbito de racionalidad y de la conciencia, donde cada hombre realiza su encuentro personal y la consonancia de sus comportamientos sociales con la verdad, el bien, la belleza y Dios, no puede ser sustituido, violado, coaccionado o ignorado por el Estado".

acuerdo con estos tres objetos, o si se prefiere, tres relaciones, aparece la diversificación entre las tres libertades citadas.

Pero antes de seguir adelante con la diversificación, todavía hemos de añadir alguna observación acerca del fundamento común a las tres libertades. Hemos hablado de un dominio de la persona sobre su actividad racional y de una incompetencia del Estado. Esto es verdad, pero hace falta una mayor precisión, para no caer en una exaltación desmesurada de la libertad que a la persona compete en este ámbito.

En el plano de la interioridad, la libertad del hombre es total en relación a los demás y, por tanto, cabe hablar de una incompetencia radical del Estado. En el santuario interior de la razón y de la voluntad no cabe intromisión directa de la sociedad, ni siquiera en el caso de una clara y conocida opción por la falsedad, la mentira y el mal moral. Por ejemplo, no se podría intentar regenerar a un delincuente mediante la manipulación de su mente, por drogas, acciones subliminales, o cualquier clase de medios, que supusiesen un cambio no libre de su mundo intelectual y moral. Para llegar al interior del hombre sólo caben medios que respeten y ayuden su libertad, como la educación, la persuasión, etc. En general, es contrario a la libertad inherente a la racionalidad del hombre todo cuanto suponga una manipulación de su interioridad, del tipo que sea.

Ahora bien, cuando el ámbito interior del hombre se exterioriza, no puede hablarse de una libertad total ni de una absoluta incompetencia del Estado. Estamos ante los límites de esa libertad (los derechos de los demás, la moral pública y el orden público), pero vistos en cuanto nos ayudan a comprender su sentido y su ámbito. En el santuario de la conciencia, por ejemplo, se decide la elección en favor de la comisión de un delito y en esa esfera interior el derecho no entra; sin embargo, en

cuanto esa decisión comienza a ponerse por obra, la sociedad y el Estado pueden legítimamente intervenir para abortar la intentona e impedir la consumación del delito; es más, tal conducta inicial del delincuente, no sólo es obstaculizable, sino también punible. Por lo tanto, no todo lo generado en el mundo de la racionalidad es objeto de libertad en el paso a su manifestación. La libertad manifestable es aquella cuyo ejercicio no produce un acto injusto y pertenece al ámbito de autodeterminación de la persona.

Este último punto –ámbito de autodeterminación de la persona– es el punto clave en las libertades de pensamiento, conciencia y religión. Se trata de ámbitos en los que la asunción de verdades o las opciones –en sí mismas, como actos personales– no pertenecen al ámbito social –no corresponden a la dimensión social de la persona– sino a la entera responsabilidad individual, porque corresponden a la realización de la persona como individuo. Constituyen su actitud fundamental como persona en cuanto ser incomunicable, en la que no cabe ni sustitución ni dejación de responsabilidad. En tal sentido, las citadas libertades se refieren al sistema de ideas y actitudes fundamentales *presociales*, esto es, pertenecientes a la autoconformación de la persona con las que actúa *también* socialmente, pero antes individualmente que socialmente. Lo cual se basa, sin género de dudas, en el reconocimiento de que el hombre no es tan sólo una pieza de la sociedad, sino un ser dueño de sí e incomunicable, del cual la socialidad es una dimensión de su ser, pero no su ser total. Supone, por tanto, que la sociedad reconoce la esfera de autodeterminación fundamental de la persona como más profunda y enteramente personal que la dimensión social. En otras palabras, implica el reconocimiento de la primacía de la persona. De este modo, la sociedad civil se pliega ante la persona y la acepta según sus opciones fundamentales.

Este plegarse ante la primacía de la persona no es incondicional, tiene sus límites, pero esos límites no pueden ser otros que los que marca la dimensión social de la naturaleza humana. Bien entendido que, como antes decíamos, los límites tan sólo juegan en la proyección social de dichas libertades, o sea, en su manifestación o exteriorización *en el seno de las relaciones sociales*, no en la interioridad misma de la persona. Esto supuesto, el único límite posible a esas libertades es el *acto injusto*, en cualquier de las especies de justicia: conmutativa, distributiva y legal. Estos límites son pues: los derechos de los demás, la seguridad pública, la paz social y la moral pública (que es una parte de la justicia legal) o *buenas costumbres* según señala el art. 31 de la Carta Social Europea.

Volvamos ahora a la diversificación de las tres libertades, estudiándolas individualmente.

7. *La libertad de pensamiento*

¿Cuál es el rasgo típico de la libertad de pensamiento? Su rasgo típico es la *actividad intelectual en busca de la verdad o la adopción de opiniones*. Su objeto es, por tanto, el conocimiento. Ahora bien, no se trata de cualesquiera conocimientos, pues no cabe duda de que los hay sin libertad de expresarlos (v. gr. secretos de Estado, secretos profesionales, etc.) o sin libertad de recibirlos (p.e., información sobre la intimidad de las personas, secretos militares, etc.). Se trata, en realidad, del sistema de ideas y juicios que la persona se forma sobre las cosas y *le permite obrar como ser racional en el cumplimiento de sus fines naturales*, ya sean de índole personal, ya sean de índole social. Por lo tanto, el derecho de libertad de pensamiento tiene por objeto el conjunto de ideas y

juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida, de acuerdo con las cuales obra en relación con sus fines naturales; más específicamente, pensamiento quiere decir aquí la concepción sobre las cosas, el hombre y la sociedad, que cada persona posee y de acuerdo con la cual actúa: pensamiento filosófico, cultural, científico, político, artístico, lúdico, etc.[52].

Por lo dicho se observa que no se trata de una libertad limitada al conocimiento especulativo y a su transmisión o manifestación. Engloba el entendimiento práctico y comporta la libertad de obrar y conducirse de conformidad con el propio pensamiento. Es una libertad de pensar, pero también de obrar. Por olvidar esto, a veces se confunde esta libertad con la de conciencia; y así hay "objeciones de conciencia" –así se las llama impropiamente– que no tienen por fundamento la libertad de conciencia, sino la libertad de pensamiento. Por ejemplo, un objetor al servicio militar por simples motivos pacifistas no está poniendo en juego la libertad de conciencia –como lo hace quien cree que la guerra es siempre inmoral–, sino la libertad de pensamiento. Otra cosa distinta es que un ordenamiento jurídico tipifique bajo la objeción de conciencia supuestos de libertad de pensamiento y de libertad de conciencia, por motivos de economía normativa o por recurso a la llamada equiparación formal. Que un vegetariano no coma carne por considerarla perjudicial para la salud y por creer que el hombre no es carnívoro es un caso de libertad de pensamiento o ideológica; que un musulmán no coma carne de cerdo es un caso de libertad de conciencia.

Por lo mismo, a veces se confunde también la libertad de pensamiento con la libertad religiosa. Cuando, por ejemplo, quienes partiendo de una visión filosófica del hombre y del mundo –aunque ello comporte una idea

52. HZ, n. 258.

sobre Dios–, adoptan formas externas similares a las propias de las religiones –vida común, ritos, vestidos o hábitos distintos de los ordinarios, reglas de vida, etc.– cual es el caso de no pocas sectas de origen oriental, no están ejerciendo la libertad religiosa, sino la libertad ideológica o de pensamiento. Lo decisivo no es si hay en esa ideología una noción de Dios o no, sino si el sistema de vida adoptado procede de las ideas filosóficas o si constituye un sistema de relaciones con Dios como, v. gr., es el caso de la Iglesia Católica o una orden religiosa dentro de ella. Sólo lo segundo y no lo primero se incluye en la libertad religiosa. Sin duda la filosofía aristotélica llega a la existencia de Dios, como Primer Motor y Causa Primera; pero aceptar en su integridad el sistema aristotélico –y conformar la propia vida según él– no es ejercicio de la libertad religiosa, sino de la libertad de pensamiento, como era el caso de los filósofos estoicos que vivían conforme a su filosofía, que incluía una noción de Dios. Por ello, no es correcto pretender incluir el ateísmo –incluso el militante– dentro de la esfera de la libertad religiosa; ni es correcto desde el punto de vista científico, ni es necesario desde el punto de vista práctico, ya que la libertad de pensamiento no es menos protegible que la libertad religiosa. Su fuerza y sus límites son iguales.

Hay quienes reducen la libertad de pensamiento a lo que se llama una *cosmovisión* o –según el sentido neológico del término– *Weltanschauug*. A nuestro juicio es más amplia; la ideología o pensamiento no precisa referirse sólo a los juicios e ideas básicos y más fundamentales de la realidad. Abarca cuanto se incluye en los fines naturales del hombre (en ello reside su fundamentalidad), aunque se trate de los aspectos menos trascendentales, como es el lúdico. O sea, el sentido más clásico y tradicional de *Weltanschauung*, como ideario o ideología.

Digamos finalmente que objeto de la libertad de

pensamiento son las verdades inconcusas (v. gr. 3 multiplicado por 2 son seis), las opiniones –los conceptos o pareceres sobre cosas cuestionables, teóricas o prácticas–, las hipótesis y las teorías, junto a las correspondientes opciones y conductas.

Pasando a otro punto, parece oportuno advertir que la libertad de pensamiento no tiene su origen en la *indiferencia* del entendimiento respecto de la verdad. La palabra libertad evoca con frecuencia lo indiferente por contraste con lo necesario; se es libre en lo primero, no en lo segundo. No es éste el sentido que tiene la libertad de pensamiento. Ciertamente no son escasos los autores que, o en todo el campo del conocimiento o en el ámbito más reducido de los valores o bienes humanos, entienden que el intelecto humano es incapaz de captar la realidad en sí, de modo que conoce siempre mediante la proyección de sus propias categorías a la realidad. En tal sentido, no existiría una relación esencial entre el intelecto y verdad, por lo que habría una cierta indiferencia –no necesidad– entre entendimiento y realidad. De ahí nacería una libertad propia del pensamiento, que debería plasmarse dentro de la organización política y jurídica en la libertad de pensamiento.

Tal posición no parece admisible. El intelecto tiene una relación objetiva con la verdad, de modo que el hombre puede alcanzarla, aunque, por ser finito, sea capaz de error[53]. El hombre conoce cosas con certeza, desde verdades matemáticas a observaciones ciertas de la realidad (v. gr. que las víboras son venenosas o que los cuerpos tienen peso). Distinta cosa es que haya conocimientos no seguros, que dan lugar a hipótesis u opiniones, o ámbitos no regulados por leyes necesarias en los que caben opciones, como ocurre con gran parte de la vida política. Estamos ante la distinción entre verdad y

---

53. Vide A. LLANO, *Gnoseología* (Pamplona 1983).

error (en lo que se rige por leyes necesarias) o entre verdad (lo incuestionable) y opinión (lo cuestionable).

La libertad de pensamiento no se basa en la indiferencia del entendimiento respecto de la verdad, sino en la pertenencia del pensamiento al ámbito íntimo de la persona (y, en último término, en la dignidad humana), que es dueña de sí y, en consecuencia, de su capacidad y actividad intelectual y volitiva. Por eso, la libertad de pensamiento es propia de todo hombre, esté en la verdad o en el error y cualquiera que sea su opinión, dentro de los límites antes descritos. En suma, la libertad de pensamiento es una *inmunidad de coacción*, a la vez que supone la protección del Estado y de la sociedad para formarse el propio pensamiento.

8. *La libertad religiosa*

Para determinar lo que se entiende por libertad religiosa es necesario comenzar por precisar qué es, propiamente hablando, la religión. La palabra religión tiene tres sentidos fundamentales distintos: virtud, relación con Dios, comunidad religiosa. De estos tres, el que nos interesa es el segundo, porque el tercero se refiere, no al objeto de una libertad sino, en todo caso, a un sujeto de ella; y en cuanto a la virtud, no es otra cosa que una disposición subjetiva que, como tal, constituye una faceta de la relación con Dios[54]. Podemos, pues, afirmar que la libertad de religión o religiosa tiene por objeto al sistema de relación del hombre con Dios en cuanto tiene una proyección externa (práctica, enseñanza, culto y observancia).

---

54. Cfr. A. PACIOS, voz *Religión*, I, en GER, XX (1974), págs. 1 ss.; J. L. ILLANES, voz *Religión*, III, ob. cit., págs. 14 ss.

Lo que defiende y ampara el derecho de libertad religiosa no es la idea acerca de Dios y su existencia. Tal idea puede mantenerse en el plano meramente filosófico, aunque ello se traduzca en ciertas actitudes vitales. A Sócrates no le atacaron su libertad religiosa quienes le condenaron a muerte, sino su libertad de pensamiento.

La religión es la relación vital del hombre con Dios. Ello *supone* un credo religioso y *comporta* una moral, pero el núcleo central de la religión –en lo que aquí interesa– es el *diálogo* entre el hombre y Dios o sistema de relaciones entre Dios y el hombre. La religión comienza allí donde el hombre, aceptando la existencia de Dios, se relaciona con Él mediante la oración, el culto o ritos y la aceptación de su Palabra[55]. Precisamente porque es una relación dialógica, la religión sólo puede darse si se admite una manifestación o revelación de la Divinidad que inicia el diálogo. Esa revelación puede ser natural –Dios se manifiesta a través de las criaturas: Rom 1, 19-23– o sobrenatural (locución de Dios a los hombres por Sí o por enviados). Si no hay una relación dialógica, sino la captación de que Dios existe, pero sin "diálogo" con el hombre, como es el caso de las concepciones panteístas o de las llamadas teístas, no hay religión propiamente dicha, sino "cosmovisión deísta" (libertad de pensamiento), aunque el hombre invoque a veces a Dios. En este sentido, por ejemplo, el budismo más que una religión es una *filosofía,* pese a que presente rasgos similares a las religiones y a que habitualmente se le tenga

55. La religión como virtud es la proyección total y libre del hombre hacia un Trascendente personal, del que se reconoce depender en absoluto. Como realidad objetiva es todo cuanto implique para su existencia la religión subjetiva o religión-virtud, ya sea como presupuesto, ya sea como consecuencia natural. Cfr. A. PACIOS, ob. cit., pág. 2.

por tal[56].

La religión es relación dialogal, que se plasma en estos elementos: credo o ideario religioso, culto –en especial, oración y sacrificio– sacerdocio y ley de Dios[57]. Pueden, sin duda, existir comunidades religiosas a las que les falte alguno de estos elementos –v. gr. sacerdocio en sentido propio–, pero si no hay credo religioso, culto y ley, no hay propiamente religión –y, en consecuencia, comunidad religiosa–, sino superstición, fenómenos pseudorreligiosos, o simplemente sectas o comunidades filosóficas a las cuales, o ampara la libertad de pensa-

---

56. Hablamos aquí de filosofía, no como la disciplina o ciencia así llamada, sino en el sentido antiguo de conjunto de ideas fundamentales sobre el mundo, el hombre y su conducta, que sus seguidores adoptan como su sistema de vida. Ya hemos dicho antes que la existencia de la idea de Dios en esas *filosofías* no las convierte en religión. Por eso, no son religiones –pese a que con frecuencia con ellas se las confunde– las sectas, movimientos o comunidades que admiten un absoluto *impersonal*, como es el caso del budismo, y adoptan sistemas de vida que tienden a que el hombre se funda en el Absoluto. Tales sistemas pueden adoptar formas distintas de las religiosas, pero también pueden adoptar formas muy similares a las propias de las religiones. Así el budismo tiene templos –donde se venera a un *maestro*: Buda–, ritos, ofrendas, monjes, etc., y contiene ciertas expresiones de religiosidad. Pero estas formas externas no cambian la sustancia. Otra cosa distinta es que, en estos casos, la legislación positiva incluya este tipo de filosofías, con manifestaciones semejantes a las religiones, dentro de la legislación sobre el hecho religioso, porque dadas las similitudes externas, se adecúa a ellas mejor que las formas jurídicas propias de la libertad de pensamiento; en tales casos, que no ofrecen especial importancia, salvo abusos, se sigue la técnica jurídica llamada *equiparación formal* y a esas filosofías se les extiende la legislación sobre libertad religiosa. Para que exista religión –como se dice en la nota anterior– hace falta, como elemento esencial básico, la aceptación de un Trascendente *personal* con el que se *dialoga* (obediencia, oración, etc.).

57. Según Pacios (ob. y loc. cits.) los elementos que constituyen una religión son: verdades creídas, obediencia moral y el culto externo, el sacrificio y sobre todo la oración.

miento o no están amparadas por ninguna libertad fundamental por traspasar sus límites.

La relación dialogal entre Dios y el hombre –la religión, en la perspectiva que nos interesa como objeto de una libertad fundamental– comienza con la aceptación de Dios, no sólo como Ser Supremo, sino como Ser al que se debe culto y obediencia. En otras palabras, el fenómeno religioso –en cuanto interesa a la libertad religiosa, o sea, como acto del hombre– se origina con la respuesta del hombre a la apelación dialogal de Dios, una respuesta de razón (revelación natural, religión natural) o de fe (revelación sobrenatural, religión sobrenatural). No se puede limitar el objeto primordial de la libertad religiosa al acto de fe, ya que cabe (estamos en el plano del derecho natural, que abarca todo lo contenido en la naturaleza) un acto de razón, como es lo propio de la religión natural. El acto fundamental protegido por la libertad religiosa es el acto de adhesión a Dios como Creador al que se debe culto y obediencia, aunque esto no traspase la comprensión racional de Dios (y de la ley natural como ley de Dios), al que se da un culto natural. Por eso, no hay que hablar sólo de *credo* religioso (fe), sino también de *ideario* religioso (razón).

Al decir que lo protegido primordialmente por la libertad religiosa es el acto de adhesión a Dios en una relación dialogal, no queremos decir que sólo se proteja el acto positivo de adhesión. Significa que todo hombre debe estar inmune de coacción, tanto para realizar el acto de adhesión y vivir en consecuencia, como para no realizarlo –no ser obligado a ello–, y, en tal sentido y sólo en él, los fenómenos del ateísmo y del agnosticismo son también objeto de libertad religiosa (el sistema de pensamiento ateo o agnóstico pertenecen, en cambio, a la libertad de pensamiento).

Si el acto fundamental de adhesión a Dios como destinatario de culto y obediencia constituye el objeto

primordial de la libertad religiosa, no absorbe en sí todo el objeto. La libertad de esa adhesión conlleva la de práctica religiosa, de culto, de observancia y de enseñanza. Por lo mismo, implica también la libertad de las comunidades religiosas: autonomía normativa, culto colectivo en privado y en público, atención religiosa a sus miembros, elección, nombramiento y traslado de sus ministros, libre comunicación entre las autoridades y las comunidades religiosas, uso de bienes muebles e inmuebles, determinación del contenido de los libros de enseñanza religiosa a sus miembros, divulgación de la propia doctrina religiosa, juicio religioso y moral sobre toda actividad humana, reuniones y formación de asociaciones e instituciones educativas, caritativas, culturales y sociales[58].

Con frecuencia, las religiones positivas llevan, en su credo o ideario, unas proposiciones que afectan a la comprensión del universo (creacionismo, origen del hombre, constitución esencial del ser humano, etc.), así como un sistema ético (reglas de moralidad). La cuestión que esto plantea consiste en determinar si tales proposiciones teóricas o morales se incluyen en la libertad de pensamiento o en la libertad religiosa. Indudablemente nos encontramos ante una de las zonas de intersección a las que antes aludíamos; por ello no se pueden extremar las posiciones ni pretender separaciones nítidas; puede, sin embargo, decirse que existe un criterio que permite separar en la práctica cuándo se pone en juego la libertad religiosa o la libertad de pensamiento. Está en juego la libertad religiosa cuando una proposición teorética o moral se presenta como parte o derivación necesaria del ideario o credo religioso; v. gr. , cuando la autoridad religiosa declara o enseña una proposición como propia de su credo o ideario religioso.

---

58. II CONCILIO VATICANO, decl. *Dignitatis humanae*, n. 4.

En otras palabras, cuando se trata de proposiciones que se profesan y manifiestan como faceta de la relación con Dios. En cambio, se pone en juego la libertad de pensamiento, cuando las proposiciones se presentan en el contexto del pensamiento filosófico, cientifico, etc. Así, por ejemplo, las proposiciones de ley natural enseñadas en los actos oficiales del magisterio de la Iglesia Católica, en tanto enunciadas como parte del credo religioso –en conexión con la religión según aparece en Rom 2, 14-16– y aceptadas como tales, son objeto de libertad religiosa. Por el contrario, la exposición de la ley natural dentro de un sistema de filosofía moral, jurídica o de ciencia del derecho natural, mientras sus bases y razones sean filosóficas o científicas, se ampara por la libertad de pensamiento y no por la libertad religiosa.

También el fundamento de la libertad religiosa reside en que el acto básico de la religión pertenece al ámbito de la autodeterminación personal –como aspecto de la dignidad humana–, no en que sea indiferente asumir o no la dimensión religiosa o adoptar cualquier religión. La propia noción de religión excluye su carácter indiferente. Si se trata de una relación dialogal entre Dios y el hombre, cuyo origen es la manifestación de Dios en posible diálogo con el hombre, es claro que la religión implica partir de la iniciativa divina y, en consecuencia, no existe indiferencia. Por eso, la religión aparece siempre como algo que atañe a la verdad, no a la mera opinión (ninguna confesión religiosa se presentará como proponiendo una opinión, sino la verdad). Aun desde una postura atea ha de aceptarse la religión como cuestión de verdad, pues el ateo considera la religión como algo falso, como una distorsión. Por consiguiente, el respeto al hecho religioso no se puede basar en la indiferencia, sino en la dignidad humana y, dentro de ella, en la consideración de la opción religiosa como perte-

neciente a la autonomía de la persona, en cuyo ámbito el Estado es incompetente[59].

9. *La libertad de conciencia*

De las tres libertades que estamos analizando, la libertad de conciencia es la que acostumbra a ser descrita con menos fortuna. El hecho de que se la haya confundido con la libertad religiosa o con la libertad de pensamiento ya indica la poca claridad que reina al respecto.

La tipificación más corriente, cuando se admite su distinción con las otras dos libertades, suele ser considerada como la libertad en las convicciones morales. Con ello, a nuestro juicio, o se la confunde de nuevo con la libertad de pensamiento y con la libertad religiosa, tal como antes se ha puesto de relieve, o se restringe un aspecto no poco importante de estas dos últimas, eliminando de ellas el sistema moral.

Para tipificar debidamente la libertad de conciencia, lo primero es tener una idea correcta de conciencia, partiendo de la experiencia universal: la conciencia dicta lo que debe hacerse u omitirse en el caso concreto. Pues bien, esto supuesto, la conciencia no es una potencia ni un sentimiento ni el conjunto de convicciones morales.

La conciencia no es una potencia del ser humano, como lo son la razón o la voluntad. Como es obvio, no es una potencia o sentido corporal, puesto que pertenece al ámbito de la dimensión espiritual o racional del hombre; y, por su parte, el alma no tiene más que dos potencias: la razón y la voluntad. Por lo mismo, la conciencia tampoco puede ser un sentimiento, porque

---

59. Cfr. II CONCILIO VATICANO, decl. cit., nn. 1-3 y 10.

por sentimiento se entiende, o un movimiento de la sensibilidad –en cuyo caso no pertenece a la racionalidad– o un estado afectivo –por tanto de la voluntad–, lo cual tampoco se adecúa a la conciencia, que no expresa un *querer*, sino un *deber*. La conciencia es algo que pertenece a la razón y, en concreto, a la razón práctica, porque se trata de un juicio de deber. Y eso sería cierto aunque se entendiese que el deber es un juicio de valores, que expresan estimaciones que se originan en la voluntad, porque la estimación como tal es un *juicio* y, por lo tanto, algo propio de la razón. Incluso sería verdad en el caso de que se sostuviese que el deber es una mitificación de la fuerza, porque el mito –en el sentido en que aquí se toma– es un producto de la razón. Esto es algo en lo que no hace falta detenerse más, porque se acepta comúnmente que el deber se expresa en lo que modernamente se llaman *juicios deónticos*.

La conciencia no es una potencia (en cuanto potencia es la razón práctica), ni un sentimiento. ¿Qué es entonces? Lo que llamamos conciencia es el *dictamen* de lo que moralmente puede hacerse u omitirse *en una situación concreta* en la que se encuentra el hombre[60]. El rasgo fundamental de la conciencia reside en que aparece en la acción singular y concreta. No consiste en enun-

---

60. Vide C. CRUYSBERG, *De conscientia* (Malinas 1928); P. PALAZZINI, *La coscienza* (Roma 1961); ID., voz *Conciencia*, III, en GER, VI (1972), págs. 177 ss.; P. MARTINETTI, *La coscienza morale* (Milano 1932); R. GARCÍA DE HARO, *La conciencia cristiana* (Madrid 1971). Un resumen de la conciencia, sus clases y sus reglas puede verse en cualquier manual o tratado de filosofía o teología morales, v. gr. V. CATHREIN, *Filosofia morale*, I, 2ª ed. (Firenze 1913), págs. 509 ss.; R. SIMÓN, *Moral*, ed. castellana (Barcelona 1968), págs. 304 ss.; G. BERGHIN-ROSE, *Elementi di Filosofia*, VII, *Morale* (Torino 614

1959), págs. 75 ss.; J. MAUSBACH-G. ERMECKE, *Teología Moral Católica*, I, 2ª ed. (Pamplona 1971); A. LANZA-PALAZZINI, *Principios de Teología Moral*, I (Madrid 1958).

ciados generales, sino en el juicio del deber respecto de la conducta concreta que el sujeto está en trance de realizar (conciencia antecedente), está realizando (conciencia concomitante) o ha realizado (conciencia consiguiente, que se manifiesta en satisfacción o remordimiento). Así, por ejemplo, saberse el Decálogo y aceptarlo como código moral no es en sí *cuestión de conciencia*. La cuestión de conciencia surge –es una experiencia universal– en el momento en el que a una persona se le ofrece la posibilidad de hacer y omitir algo, en conformidad o disconforidad con el código moral aceptado. Ahí está la conciencia. Así, por ejemplo, haber comprendido que el aborto es un homicidio y defender esta convicción moral puede ser objeto de "pensamiento" –si el convencimiento proviene de razones biológicas, filosóficas, etc.– o de religión (si se admite por credo religioso), no de conciencia. La conciencia opera cuando al médico se le solicita un aborto, la mujer encinta se plantea la posibilidad de abortar, etc.

Por eso, no deben confundirse las *leyes morales* o normas de moralidad con los dictados de la conciencia. El sistema moral o código ético de una persona o de una comunidad –conjunto de proposiciones acerca de la moralidad de las acciones humanas– no pertenece a la conciencia, sino a la *ciencia moral* (cuando se estructura de modo sistemático: filosofía o teología morales) o conocimiento de las reglas de moralidad. Esta ciencia moral pertenece a la esfera de juicios y actitudes amparados por la libertad de pensamiento o por la libertad religiosa, según los casos.

La conciencia es el dictamen o juicio de la razón práctica de la persona acerca de la moralidad de una acción que va a realizar, está realizando o ha realizado. Se trata, pues, de un juicio *personal* sobre la moralidad de la acción singular y concreta, que se presenta como posibilidad o como algo haciéndose o ya hecho. Por eso,

sólo de la persona singular se predica la conciencia; de lo que claramente se deduce que la libertad de conciencia –o de las conciencias– tiene por titular únicamente a las personas singulares y no a las comunidades.

La doctrina clásica de la filosofía moral es la que mejor ha captado la cuestión. Después de los balbuceos de la primera Escolástica[61], con Tomás de Aquino quedó claramente establecida la distinción entre sindéresis, ley natural y conciencia. La ley natural (en su caso, la divino-positiva) es un conjunto de proposiciones o juicios morales de la razón práctica acerca de los actos humanos; la conciencia, en cambio, es el juicio de la razón práctica que aplica la ley natural a la acción singular. La ley natural es objeto de la *ciencia práctica moral*, y en cuanto ley constituye una norma que debe aplicarse a cada caso. La captación de que la acción singular está o no conforme con la ley natural es lo que llamamos conciencia. Por ello, la conciencia no es una potencia, sino la operación de una potencia –la razón práctica–, en cuanto aplica al caso singular y concreto la ley natural (en su caso, la ley divino-positiva). De ahí las distinciones entre conciencia verdadera y errónea, cierta y dudosa, perpleja, etc., que no tienen sentido aplicadas a la ley natural.

Como la conciencia representa la aplicación de la ley moral a la acción singular, ese juicio es el que señala la bondad o maldad morales subjetivas de la decisión que tome el sujeto. Si una persona sinceramente abierta al cumplimiento de la ley moral, comete una acción inmoral por creer erróneamente que así lo exige la ley natural, la acción es objetivamente inmoral, pero la disposición subjetiva de la persona ha sido la correcta, por lo cual ha obrado conforme lo postula su condición de persona. Al contrario, quien creyendo inmoral una acción que es

---

61. Vide, O. LOTTIN, *Psychologie et Morale aux XIIè et XIIIè siècles*, 2ª ed., II (Louvain 1948).

objetivamente honesta, la realiza, su disposición subjetiva, su actitud, ha sido de quebrantamiento de la ley moral, por lo cual ha obrado contrariamenmte a lo que pide su condición de persona. Por eso se dice que la conciencia es la regla *próxima* y *subjetiva* del obrar. Subjetiva, porque el error no cambia la bondad o maldad objetivas de la acción; y próxima, porque a través de ella, en última instancia, la persona se comporta honesta o deshonestamente. Lo cual significa que, en último término, el obrar conforme a conciencia o contra conciencia es aquello por lo cual la persona obra o no conforme corresponde a su dignidad y a las exigencias de su ser persona. Y esta esfera íntima de la persona le corresponde a ella, de ella es dueña y a través de ella se realiza como persona. Por lo tanto, esta esfera está, por derecho natural, inmune de coacción, esto es, existe la libertad de conciencia. Esta libertad ampara a la conciencia cierta y a la invenciblemente errónea, no a la venciblemente errónea, ya que obrar conforme a esta última constituye imprudencia, que puede llegar a ser temeraria[62].

Es claro, por lo dicho, que tampoco en este caso la libertad se asienta en una indiferencia, que aquí sería la indiferencia moral de las acciones. Si hubiese indiferencia, no habría conciencia, ya que la conciencia surge precisamente porque existe deber, esto es, obligación y donde hay obligación no hay indiferencia. Si hubiese una verdadera indiferencia moral, propiamente hablando no existiría un real deber moral, porque indiferencia y deber son contrarios; el juicio del deber sería una alteración psíquica (enfermedad) o una creación mental distorsionante (mito, tabú, etc.); mas en estos casos, la libertad de conciencia dejaría de tener sentido ya que no puede hablarse en rigor de una libertad para la alteración psíquica, ni tampoco para la distorsión, cuando a través de

62. Cfr. notas 4 y 5.

ella se ponen en juego importantes y aun trascendentales bienes sociales. Y en todo caso, de tratarse de una creación mental , la libertad de conciencia se subsumiría en la libertad de pensamiento.

Un punto que nos parece importante traer a colación, porque no se suele tratar, es el de la extensión de la libertad de conciencia en relación a las libertades de pensamiento y religiosa. Como ya hemos indicado, la conciencia consiste en la aplicación de las reglas de moralidad y, en consecuencia, el dictamen de la conciencia depende del sistema moral que la persona haya asumido. Lo mismo da que se trate de un sistema moral filosófico (libertad de pensamiento) que religioso (libertad religiosa), pues en cualquier caso la dependencia es evidente y necesaria. Ahora bien, hoy nos encontramos con una situación a nuestro juicio anómala: se da más amplitud a la libertad de pensamiento y a la libertad religiosa que a la libertad de conciencia. En razón de la libertad de pensamiento y religiosa se permite la profesión y la divulgación de ciertas ideas y de algunos sistemas de moralidad, a la vez que se impide o se castiga la actuación en conciencia de acuerdo con esas ideas y sistemas, por entender que atentan contra la moralidad pública o los derechos de los demás. Así, se permite la propaganda y el proselitismo de sectas como los Testigos de Jehová que niegan la licitud de las transfusiones de sangre y, al mismo tiempo, se condena como homicidas a los padres de esta secta si impiden la aplicación de esa terapéutica a sus hijos y éstos mueren. Las dificultades que encuentra el reconocimiento de la objeción de conciencia en general es una muestra clara de lo que acabamos de apuntar. Esta postura no es lógica; lo correcto es justamente la de equiparación: toda actuación en conciencia, conforme a sistemas morales protegidos por la libertad de pensamiento y de religión, debe estar amparada por la libertad de conciencia; a la vez, si una actuación en conciencia no es amparable por la libertad de conciencia, tampoco es

protegible por las libertades de pensamiento o religiosa el sistema moral correspondiente. Esta equiparación, sin embargo, no es total, porque hay casos en los que la libertad de conciencia tiene más amplitud que las otras dos libertades. Se da este supuesto cuando sistemas de pensamiento o credos religiosos propugnan ideas cuya puesta en práctica resulta dañosa –y por lo tanto no están amparadas por las respectivas libertades– y, sin embargo, su realización, al hacerse con conciencia invenciblemente errónea, da lugar a acciones que no traspasan los límites de la libertad de conciencia. La cuestión que estamos analizando es un ejemplo de ello, según se verá.

La conciencia, como hemos dicho, es el juicio de moralidad sobre una acción singular o concreta; no es, pues, conciencia la decisión que se tome en conformidad –o en disconformidad– con dicho juicio; sin embargo, la libertad de conciencia –al igual que las libertades de pensamiento y religiosa en sus respectivos campos– ampara esa decisión, como manifestación suya que es, así como la correspondiente conducta, dentro de los límites antes señalados. Por tratarse de un derecho fundamental de la persona, sobre la libertad de conciencia no puede prevalecer ni la razón de Estado ni la conveniencia de un partido; por eso, constituye un ataque frontal a la libertad de conciencia imponer a diputados y senadores (o equivalentes según los países) la disciplina de partido en cuestiones que afectan a la conciencia, estableciendo controles –v. gr., votaciones no secretas– que presionen su conciencia. Tal corruptela es contraria a la libertad de conciencia y no puede considerarse acorde con la constitución de un Estado que acoja esa libertad, si se la interpreta correctamente.

Digamos finalmente que de lo dicho se desprende que no toda decisión y conducta afecta a la libertad de conciencia. Tan sólo afectan a ella las decisiones y conductas singulares y concretas en cuestiones morales.

Cuando no se trata de una cuestión moral –v. gr. la defensa del medio ambiente o tantas decisiones de tipo técnico, político, etc., en las que no se involucra la moral– no entra en juego la libertad de conciencia, sino la libertad de pensamiento o la religiosa.

III. LA SOLUCIÓN DE DERECHO

10. *Premisas*

Analizados los supuestos de hecho y los fundamentos jurídicos del caso planteado, es el momento de decir cuál es la solución de derecho –el *quid iuris*– conforme a los principios de derecho natural. Para que la conclusión establecida sea lo más completa posible, trataremos de los dos planos en los que se suscita la cuestión: en el ideario o credo moral y en la decisión de conciencia.

11. *El error sobre una terapéutica en el ideario o credo moral*

El error moral sobre una terapéutica puede producirse en una persona aislada o constituir una proposición del ideario de una secta filosófica o religiosa. Para lo que aquí estamos tratando de dilucidar, nos importa tan sólo el segundo supuesto, en el que cabría incluir la persona que hace proselitismo y propaganda sobre el rechazo de una terapéutica por falsas razones morales.

¿Están amparados por la libertad de pensamiento o por la libertad religiosa tales grupos, sectas o comunidades en lo que atañe al error moral? ¿Existe el dere-

cho fundamental a esta parte del ideario o credo? La cuestión reside, no tanto en que el ideario o credo sean engañosos (la libertad de pensamiento y la libertad religiosa no se pierden por estar en el error), sino en que son *dañosos*. El caso contemplado es un buen ejemplo. El error sobre la moralidad de las transfusiones de sangre ha costado ya varias vidas y también graves problemas de salud. La cuestión apenas tiene relevancia en los casos en que, siendo igualmente o, al menos, suficientemente eficaces varias terapéuticas, una de ellas es rechazada erróneamente por inmoral, dado que se puede elegir entre varias. El verdadero problema reside cuando la única terapéutica eficaz en determindas enfermedades o lesiones es rechazada en el ideario o credo religioso por error moral.

Entre los límites de los derechos fundamentales, los convenios y declaraciones internacionales suelen poner la salud pública (incluible en los derechos de las personas) y la moral pública. Ambos límites son de derecho natural, como ya hemos indicado. El caso contemplado tiene, pues, una sencilla solución: ni la libertad de pensamiento ni la libertad religiosa amparan aquella parte del ideario o credo religioso que considera erróneamente inmoral una terapéutica lícita, cuando puede acarrear la pérdida de la vida o un grave quebranto para la salud. Consecuentemente la autoridad pública –actuando en protección del derecho de las personas a la vida y a la salud– pueden impedir la difusión y propaganda de estas ideas.

Otra cuestión muy distinta es la medida en que tal solución puede aplicarse en sociedades pluralistas, donde existe una gran diversidad de idearios y credos, con la consiguiente disparidad en algunos criterios morales. En estas circunstancias es de aplicación el principio según el cual los derechos y libertades naturales pueden ser

ampliados por el derecho positivo[63], en conexión con el principio de tolerancia civil[64] ; principio este último que es de aplicación cuando los idearios o credos que caen en el error sobre una terapéutica están muy arraigados, o cuando exista el peligro de que, por prevalencia de un ideario o credo erróneos en un medio social, se impida la difusión y propaganda del criterio moralmente recto, por considerarlo erróneo. En consecuencia, dado que el error moral sobre una terapéutica no impide alcanzar los bienes supremos del hombre, pues la conciencia invenciblemente errónea no obstaculiza la rectitud moral de la persona –bien superior a la vida y a la salud–, puede ampliarse la libertad de pensamiento religiosa en tales casos. Bien entendido que se trata de una ampliación de derecho positivo, que el Estado no está obligado a hacer por derecho natural ni por el actual derecho internacional, en el cual la salud pública –*a fortiori* la vida humana– está expresamente indicada como límite a los derechos de libertad de pensamiento y de religión.

12. *La objeción de conciencia*

Examinemos ahora la cuestión de la libertad de conciencia. En relación con ella se presentan la actuación del enfermo que rechaza la terapéutica y la de sus representantes legales que no la autorizan o no la administran. Aquí el tema ya no es de libertad de pensamiento ni religiosa, sino de libertad de conciencia, porque se trata de la acción concreta y singular, que la

---

63. Cfr. J. HERVADA, *Introducción crítica...*, cit., págs. 171 y 174 s.

64. Al respecto es clásico el libro de A. VERMEERSCH, *La tolérance* (Louvain 1912).

conciencia señala como inmoral.

En principio, es necesario decir que la libertad de conciencia no ampara ni el suicidio, ni el homicidio, ni los daños a la salud propia y ajena. Los límites de esta libertad son los mismos que los de las libertades de pensamiento y religiosa. Por lo tanto, si se tratase de acciones suicidables (v. gr. del harakiri), homicidas (sacrificios humanos) o que atacasen directamente a la salud o integridad propias o ajenas (v. gr. mutilaciones), la acción debería ser impedida y, caso de realizarse, castigada, tanto en su autor (salvo el caso de imposibilidad que presenta el suicidio consumado) como en sus cómplices o cooperadores, con las indemnizaciones a que hubiere lugar. Esta responsabilidad, en cuanto al derecho natural se refiere, alcanza a las autoridades de las sectas o comunidades que enseñan la moralidad de tales acciones e incitan a sus seguidiores a vivir conforme a ese sistema moral (inmoral deberíamos decir); pero como se trata de una materia en la que el derecho positivo puede establecer restricciones, la responsabilidad dependerá de lo que se establezca por ley acerca de la extensión y limitación de la responsabilidad y, si nada hubiera establecido, deberá seguirse la regla de derecho natural.

La particularidad que presenta el rechazo de una terapéutica por error moral consiste en que –tal como dijimos antes– el enfermo que opone a ella objeción de conciencia no crea un supuesto de suicidio, sino un caso de actitud moral que, en tanto que es invenciblemente errónea, resulta irreprochable. Por lo tanto, la regla que acabamos de indicar no es de aplicación. No hay atentado a la moral, porque el enfermo adopta la actitud honesta y moralmente exigida en caso de conciencia invenciblemente errónea. Tampoco hay atentado directo a la salud o a la vida propia, porque el deber moral de conservarlas –cuya contravención es propiamente lo que constituye el delito contra la propia salud o el suicidio– cede ante el

deber de conciencia de rechazar la terapéutica que se cree ilícita. En consecuencia, aquí no se traspasan los límites de la libertad de conciencia, la cual debe ser, por lo tanto, respetada. Si ante la objeción de conciencia los médicos y familiares no aplican la terapéutica, obran respetando la libertad de conciencia del enfermo –que es el dueño de su propio ser– y no sólo no cometen ningún acto injusto, sino que obran conforme a lo que postula la justicia. No respetar la objeción de conciencia, imponiendo la terapéutica, sería un acto injusto, frente al cual el enfermo tendría derecho al amparo judicial. Bien entendido que se debe tener este respeto a la conciencia del enfermo, en tanto es objetor de conciencia *in actu*. Si el médico se encuentra con un enfermo en estado de inconsciencia, aunque sepa o sea advertido del ideario o credo moral del enfermo, debe aplicar la terapéutica, pues no habría en este supuesto lesión a la conciencia del enfermo, por lo que tampoco habría lugar a acciones judiciales posteriores contra el médico.

Más complicada resulta la solución cuando los objetores de conciencia son los representantes legales del enfermo (padres, tutores, familiares, etc.). Al respecto hay que distinguir dos supuestos distintos.

El primero de ellos se refiere a la autorización que deben dar para la aplicación de una terapéutica por parte del médico o personal sanitario a un enfermo menor o incapacitado. ¿Qué ocurre si por razones de conciencia niegan la autorización pertinente con error moral? Como tal conducta pone en peligro la salud o la vida del enfermo, la negativa no está amparada por la libertad de conciencia de los representantes legales; por lo tanto, la autorización debe ser suplida por el órgano público competente (juez o autoridad que en cada ordenamiento esté prevista). Si no es posible acudir a él por razones de urgencia, el médico debe actuar según el criterio moral correcto, ya que tiene el consentimiento legal, pues las

leyes defienden el derecho a la vida y a la salud; jurídicamente en este caso los representantes legales han de considerarse –por una *fictio iuris*– como ausentes. Estas soluciones no son aplicables si se trata de un menor con uso de razón y capaz de juicios morales proporcionados a la decisión necesaria para el caso; si tiene las mismas convicciones morales que sus representantes legales y la aplicación de la terapéutica lesiona su conciencia, la terapéutica no debe aplicársele. Si el menor enfermo con uso de razón no tiene objeción de conciencia contra la terapéutica, como la tienen sus padres o cuidadores legales, la regla a seguir es la anteriormente indicada, esto es, debe aplicarse la terapéutica. Y al revés, es decir, si los representaes legales del menor con madurez para juicios morales proporcionados no oponen objeción de conciencia y, en cambio, la opone el paciente, debe respetarse su decisión.

El segundo de los supuestos aludidos es el de los padres o cuidadores legales que omiten aplicar la terapéutica al enfermo por error moral, bien no administrándola directamente si es del caso (v. gr. omitiendo darle las medicinas adecuadas), bien no llevándole a los centros sanitarios para que se la apliquen (como es el caso de la transfusión de sangre). En caso de que se advierta la situación mientras existe remedio, la autoridad pública competente debe intervenir, suspendiendo en lo necesario la potestad de los representantes legales, sin más excepción que la del menor con madurez proporcionada que sea también objetor de conciencia. La libertad de conciencia no ampara una conducta dañosa para los derechos de los demás.

Si el daño se ha producido y es irreversible, se plantea la cuestión de ver si los representantes legales son reos de delito y, en consecuencia, si su conducta es punible. Digamos ante todo que, tal como decíamos, no es éste un caso de homicidio y, en consecuencia, no

pueden ser condenados como reos de este delito. Tampoco es aplicable el tipo penal de imprudencia temeraria, porque no hay imprudencia ni temeridad, al tratarse de una conducta plenamente reflexiva, tomada en conciencia y teniendo que sobreponerse al deseo –que existe realmente en estos casos– de ver curado al enfermo. Ni cabe hablar del delito de omisión de socorro, porque en el caso estudiado los padres o cuidadores legales ponen todos los medios que moralmente les parecen lícitos para salvar a su hijo o pupilo y la imposibilidad moral impide que pueda hablarse de omisión. Para poder castigar tales conductas, si se respeta en su totalidad el principio *nullum crimen sine lege*, habría que crear un tipo penal específico. Y mientras no exista, aplicar otros tipos por analogía no parece correcto.

La cuestión reside en si tal conducta, que resulta equivocada y dañosa, pero moralmente irreprochable, es punible o no, y en consecuencia si puede crearse en justicia el correspondiente tipo penal. A nuestro juicio, la conducta analizada constituye una injusticia material, pero no una injusticia formal[65], por faltar la intención de

---

65. Para esta distinción, vide J. HERVADA, *Introducción crítica...*, cit., pág. 135: "El hombre, como causa libre, puede dañar un derecho ajeno de dos modos: a) Actuando como causa libre del daño, pero sin voluntad contraria al derecho; actúa así cuando por ignorancia, error o inadvertencia carece de intención de lesionar el derecho... En estos casos se habla de *injusticia material*. b) Actuando intencionadamente contra el derecho ajeno, de modo directo –con dolo–, o indirecto, por imprudencia; entonces se dice que hay *injusticia formal*. La distinción entre injusticia material e injusticia formal no tiene relevancia respecto de la restitución; y así quien inadvertidamente paga menos de lo debido, debe pagar el resto. En cambio, tiene relevancia en cuanto a la culpa. La injusticia formal engendra culpa y el acto injusto da lugar, no sólo a la restitución, sino también a la *punibilidad* , esto es, al posible castigo. No así la injusticia material que es enteramente inculpable, y, por lo tanto, no hay en ella razón para el castigo".

causar daño. Ahora bien, lo punible es la injusticia formal, no la material, por lo que en nuestra opinión el error invencible sobre una terapéutica configura una conducta no punible. No es preciso que intervenga aquí la libertad de conciencia, porque el error mismo causa un supuesto de conducta no punible. No hace falta decir que si el paciente es un menor con madurez proporcionada y objetor de conciencia ante la terapéutica de que se trate, no hay que plantearse la cuestión de la punibilidad de los cuidadores legales por omisión de aquella, ya que –como antes hemos visto– el respeto a la conciencia del enfermo no sólo no es injusto (ni material ni formalmente), sino lo debido en justicia.

Por último, nos queda por ver la objeción de conciencia que pueda poner el médico o el resto del personal sanitario frente a una terapéutica, siempre en el supuesto de que se trate de un error sobre su moralidad, único supuesto que nos ocupa. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de un médico testigo de Jehová frente a las transfusiones de sangre. En principio, la solución no ofrece especiales dificultades: la objeción debe ser respetada y el médico o personal sanitario no debe ser objeto de discriminación, poniendo –eso sí– los medios para que la terapéutica sea administrada por no objetores. Sin embargo, como la realidad es siempre rica en situaciones diversas, debemos distinguir algunos casos que matizan la solución a adoptar.

Para que la objeción de conciencia del médico y del personal sanitario pueda ser respetada –esto es, para que su negativa a aplicar la terapéutica no constituya un acto punible– es preciso que sea conocida antecedentemente; esto es, que manifiesten su objeción de modo que sea conocida por el centro sanitario u organización de servicios que los contrate, o por los organismos que en su caso deban dar la autorización para el ejercicio de la profesión, o tengan a su cargo asegurar la ética profe-

sional y la debida atención médica (v. gr., los Colegios de Médicos). Este requisito es necesario para que se tomen las medidas oportunas con el fin de asegurar que la terapéutica puede aplicarse a los pacientes por otros médicos o personal sanitario. Silenciar la objeción de conciencia –aparte de las responsabilidades a que hubiere lugar por posible falta de ética profesional u ocultamiento fraudulento de datos– daría lugar a imprudencia temeraria en el caso de que, por negarse a aplicar la terapéutica sin posibilidades de acudir a otro médico o personal sanitario, se produjese en un enfermo la muerte o un daño a su salud o integridad física. Si, conocida la objeción de conciencia, se produjese una situación en la que tan sólo pudiese aplicar la terapéutica el objetor de conciencia frente a ella, la negativa a hacerlo no constituiría delito ni daría lugar a responsabilidades.

La regla que acabamos de exponer podría parecer contrastante con cauciones que algunas Constituciones establecen, como es el caso del art. 16 de la vigente Constitución española: "Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias". A nosotros nos parece que, dado que se reconoce la objeción de conciencia, es preciso conjugar las disposiciones pertinentes, junto con la defensa de los demás derechos fundamentales, entre ellos, la vida, la salud y la integridad física. Por consiguiente, nos parece que disposiciones como las del citado art. 16 no se oponen a que el médico objetor deba interponer la objeción de conciencia antecedentemente. Por lo demás, esta práctica suele ser habitual en la objeción de conciencia médica y sanitaria.

Como la libertad de conciencia del médico debe conjugarse con el derecho a la vida, a la salud o a la integridad física del enfermo, no constituye discriminación el hecho de que al objetor de conciencia frente a terapéuticas moralmente lícitas no se le concedan aquellas plazas de médico o personal sanitario en las que, de presentarse

el caso, sólo el titular podría administrar la terapéutica por imposibilidad de acudir a otros colegas; v. gr. médicos de poblaciones en las que hay una sola plaza y sin comunicaciones rápidas y fáciles, etc.

Podría darse el caso del médico o personal sanitario con error moral acerca de una terapéutica que, llevado de su celo moral, entorpeciera, impidiera o interrumpiera un tratamiento terapéutico moralmente lícito aplicado por otros médicos o personal sanitario a un enfermo. En este supuesto, su libertad de conciencia no le ampararía, ya que traspasaría los límites dentro de los cuales es ejercible y, en consecuencia, se haría reo del delito a que diere lugar su conducta -homicidio, lesiones, etc.- con las consiguientes responsabilidades profesionales y civiles.

13. *Observación final*

Para terminar hay un punto que nos parece necesario tener en cuenta, en relación con lo que antes dijimos aceca de los límites y la extensión de los derechos de libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia.

Si un ordenamiento jurídico –por las razones antes apuntadas– extiende la libertad de pensamiento y de religión a idearios o credos que contengan valoraciones morales erróneas sobre una terapéutica –como es el caso de los testigos de Jehová respecto de las transfusiones de sangre– necesariamente debe extender la libertad a las decisiones de conciencia, de modo que, cuando éstas se conforman a los credos o idearios profesados, en ningún caso pueden ser castigadas (salvo la obligación de los médicos y personal sanitario de manifestar antecedentemente su objeción de conciencia y no impedir, entorpecer o interrumpir el tratamiento impuesto y aplicado

por otros). Amparar el sistema moral erróneo por la libertad de pensamiento o religiosa y no amparar la correlativa conducta por la libertad de conciencia es una inaceptable inversión de los términos de la cuestión.

Si importantes son las libertades de pensamiento y religiosa, en lo que a la profesión de idearios se refiere, para que el hombre se realice según la libertad que le corresponde, más importante si cabe es la libertad de conciencia, ya que, en ultimo término, el hombre obra como persona cuando obra según su conciencia.

LOS DERECHOS INHERENTES A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Publicado en "Humana Iura", I (1991), págs. 345-379.

En el verano de 1985, con motivo del XII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Atenas, trabé amistad con un colega norteamericano, el Prof. James Beresford, con el que tuve ocasión de tener largas conversaciones sobre algunos temas de nuestra especialidad. En cierta ocasión, charlamos sobre varios aspectos de los derechos humanos: las reticencias que levantan en algunos pensadores, las incoherencias que se observan en otros, el callejón sin salida en que los sitúa el positivismo...

– Una cosa está clara, a mi juicio –me dijo mi colega–; mientras en el ámbito de la política los derechos humanos están en alza, los filósofos del derecho parecen no encontrar el rumbo: o se muestran escépticos ante ellos, o niegan abiertamente que exista tal categoría de "derechos humanos", o renuncian a fundamentarlos (lo que equivale a renunciar a ellos como tema de filosofía del derecho) o los reducen a un tópico cultural de lenguaje... ¿No significa esto una situación enfermiza de la filosofía jurídica? ¿O es que los derechos humanos son una irrealidad, una construcción vacía o palabra vana, incapaz de resistir el pensamiento filosófico y científico?

– Si me lo permite, amigo Beresford, diría que se trata de las dos cosas, matizando la segunda. Pienso que la filosofía jurídica atraviesa una situación enfermiza desde que, a principios del siglo XIX, comenzó a aparecer como disciplina así llamada; su enfermedad es el positivismo en sus diversas formas.

– Para entendernos, ¿a qué llama positivismo?

– Llamo positivismo a toda forma de pensamiento jurídico que niega la existencia del derecho natural según la concepción clásica: una parte del derecho vigente.

– Por lo tanto, engloba dentro del positivismo también aquellas formas de objetivismo jurídico –incluidas por algunos en el iusnaturalismo–, que admiten factores objetivos en el derecho: naturaleza de las cosas, valores, etc.

– En efecto, desde el momento en que los objetivistas no admiten otro derecho que el derecho positivo y niegan que exista lo que hasta el siglo XVIII se llamó derecho natural (un verdadero derecho vigente, parte del ordenamiento jurídico), entiendo que no ofrecen una diferencia sustancial –aunque sí accidental y a veces importante– con las restantes formas del positivismo; son una especie de positivismo moderado, pero positivismo al fin y al cabo. Llamar iusnaturalismo a las corrientes objetivistas, además de erróneo, me parece una fuente de confusiones. Entre otras cosas, de las acusadas divergencias que existen entre los objetivistas deducen algunos que los iusnaturalistas no se ponen de acuerdo, cuando en realidad los que no están de acuerdo son los positivistas. Los verdaderos iusnaturalistas –aunque discutan acerca de cuestiones particulares, como es normal en ciencia– tienen un acuerdo fundamental: hay una parte del derecho vigente que es natural, o sea, el derecho natural es verdadero derecho.

– Desde luego las críticas que se hacen al iusnaturalismo son muchas veces sorprendentes, pues ponen en boca de los iusnaturalistas cosas que nunca dijeron. Da la impresión de que los críticos hablan de oídas y de luchar contra molinos de viento. O bien trasponen a todos los iusnaturalistas, los errores del iusnaturalismo moderno, el del siglo XVIII, que es un iusnaturalismo trastocado.

– Es cierto. Y, además, de ese iusnaturalismo trastocado partió, por oposición y en cierta medida por deriva-

ción, el positivismo, enfermedad grave del pensamiento jurídico, una especie de herida mortal que desde el siglo XIX tienen la filosofía del derecho y la ciencia jurídica. Esta es la situación enfermiza de la filosofía del derecho, que impide una teoría fundamental y fundamentadora de los derechos humanos.

– El problema reside, si no me engaño, en la misma noción de derechos humanos. Los derechos humanos son una categoría prepositiva, anterior –en el sentido de preexistente– al derecho positivo. Los derechos humanos en cuanto recogidos por los derechos positivos son derechos constitucionales, derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales –como prefieren algunos–, derechos civiles y políticos, libertades públicas, derechos emanados de pactos internacionales, etc. Pero la categoría "derecho humano" evoca una entidad jurídica preexistente al derecho positivo. Así, si un ordenamiento jurídico no reconoce los derechos humanos –o algunos de ellos– se dice que es injusto, discriminatorio o tiránico, lo cual no tendría sentido si no preexistiese al ordenamiento jurídico una realidad –los derechos humanos– que fuese criterio de su justicia y de su legitimidad. En esta misma línea se sitúan los documentos internacionales sobre derechos humanos, los cuales hablan de *reconocer* y *garantizar* los derechos humanos, lenguaje que supone la preexistencia de tales derechos.

– Es bien cierto que ahí está el problema para el positivismo. Si no existe más derecho que el derecho positivo, ni más derechos que los otorgados por el ordenamiento positivo, los derechos humanos, en cuanto tales, no existen. Como *derechos* son una irrealidad, una construcción vacía. ¿Cómo hacer una teoría fundamental o buscar la fundamentación de unos derechos inexistentes?

– Es que en este caso no hay un fundamento objetivo válido. Porque entonces los derechos humanos

sólo pueden interpretarse como aspiraciones a tener unos derechos, o como valores subjetivos, es decir, como estimaciones favorables al posible goce de ciertos derechos. Y tales aspiraciones o valores –relativos y subjetivos– carecen de fundamento objetivo, salvo la genérica aspiración a la felicidad (la cual a su vez es interpretada muchas veces en sentido subjetivista y relativista). Son pura voluntad arbitraria. Ni cabe tampoco hacer una teoría fundamental –filosófico-jurídica– propiamente dicha, porque sobre aspiraciones o estimaciones no se puede establecer ninguna conclusión científica dada su índole arbitraria; sobre la arbitrariedad no hay ciencia. Sólo cabe comprobar hechos –y eso es hacer sociología– o analizar el lenguaje (lo cual es filología, mal que les pese a los analíticos); y ninguna de las dos cosas nos hace avanzar en el conocimiento de los derechos humanos, al no mostrarnos la naturaleza ni el íntimo ser de esos derechos, que es lo propio de una filosofía del derecho bien construida.

– Ello nos pone de relieve la incongruencia en la que caen ciertos filósofos del derecho y ciertos juristas de corte positivista. Se nos muestran como partidarios y defensores de los derechos humanos y aún como promotores de ellos. Y a la vez su positivismo les lleva a negar que sean verdaderos derechos, dándoles el estatuto de valores subjetivos. Con lo cual niegan la existencia de los derechos humanos, que sustituyen por unas inestables y vagas aspiraciones o por unos no menos relativos y ambiguos valores. Dicen defender los derechos humanos y los atacan de raíz negando su existencia.

– Además, negar que los derechos humanos sean derechos es negar su más propia significación. Porque, desde sus orígenes, lo que la teoría de los derechos humanos ha aportado, tanto al pensamiento político como al pensamiento jurídico, es la conciencia de que existe un núcleo de derechos inherentes a la persona, no otorgados

por la ley positiva, que el poder y la sociedad no pueden violar y deben reconocer y garantizar. Es la idea de la limitación del derechos positivo y de la necesidad de una organización de la sociedad y del gobierno en función de esos derechos, de su respeto y de su fomento y desarrollo.

– En efecto, en el fondo se trata de tener conciencia de la dignidad objetiva de la persona humana, de que el hombre no puede ser tratado al arbitrio del poder y de la sociedad, porque es objetivamente un ser digno y exigente, portador de unos derechos en virtud de su dignidad, *reconocidos*, pero no otorgados por la sociedad. Unos derechos que no están dejados al arbitrio del individuo –no puede renunciar a ellos– ni de la sociedad y el poder. Según la idea primera y originaria de los derechos humanos, éstos constituyen verdaderos derechos, que son *innatos* o *inherentes* –como se lee en la Declaración de Virgina de 1776–, otorgados por Dios –según la Declaración de Independencia de los Estados Unidos–, o *naturales* –como dijo la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789–. Por ello son *inalienables* –como se deduce de la Declaración de Virginia y expresamente señala la Declaración de Independencia de los Estados Unidos–, e *imprescriptibles* (según dice la citada Declaración francesa). Esta idea permanece sustancialmente inalterada en los documentos internacionales modernos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 dice de esos derechos que son esenciales al hombre y tienen por fundamento los atributos de la persona humana. Por su parte, la Declaración Universal de ese mismo año enlaza los derechos inalienables con la dignidad intrínseca del hombre, al tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del mismo año dicen que los derechos humanos derivan de la dignidad inherente a la persona humana. Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 repite lo dicho

por la Declaración Americana. El lenguaje es inequívoco. Se está hablando de: a) verdaderos derechos; b) derivados de la dignidad de la persona humana; c) inalienables; d) que son criterio de justicia; y e) cuya contravención representa tiranía, opresión y barbarie, que compelen a la rebelión. Esto son y así aparecen los derechos humanos a tenor de los textos internacionales de nuestros días.

– Lo cual nos muestra una flagrante incongruencia de los autores positivistas. Porque lo que ellos nos muestran como derechos humanos no son lo que de ellos dicen los textos positivos. Ni tienen a los derechos humanos como verdaderos derechos –hablan de valores o aspiraciones relativos y mudables o simplemente de sentimientos o ideologías metajurídicos–, ni consideran que su fundamento sea la dignidad de la persona humana. Los positivistas no aceptan el sentido obvio de los textos positivos. Lo cual quiere decir que están partiendo de un prejuicio.

– O de un postulado –no existe más derecho que el positivo– que lleva a interpretar la idea básica de los derechos humanos como irreal, esto es, destruyéndola. Con lo cual privan a los derechos humanos de su específico sentido, como decía antes. La idea de los derechos humanos es la de unos derechos que, por estar fundados en la dignidad de la persona humana, forman un núcleo objetivo de derechos que no están otorgados por el poder y la sociedad, por lo que constituyen una condición jurídica objetiva de la persona frente a la arbitrariedad.

– Pero si decimos que los derechos humanos, en cuanto preexistentes al derechos positivo, no pasan de ser valores, aspiraciones, sentimientos o ideologías relativas y cambiantes, esta idea de los derechos humanos se derrumba, pues basta que en un medio social se desarrollen de un modo suficientemente mayoritario unos sentimientos, valoraciones o ideologías contrarios a unos derechos humanos (v.gr. el racismo, el esclavismo

o el abortismo) para que esos derechos humanos –al desaparecer como valores– desaparezcan, con lo que su contravención dejaría de ser una injusticia, una tiranía y una opresión.

– Esta es la ilógica consecuencia lógica de la visión positivista.

– Consecuencia también lógica del neocontractualismo.

– Así es. Todo reside en la pertinaz negativa a admitir el derecho natural y la moral objetiva, lo que a mi juicio no es una postura originariamente científica, sino un postulado cultural –un prejuicio no científico– de querer al hombre como autor de su propia ley. Se parte de la posición voluntarista –no debida a una racionalidad u observación objetiva de la realidad– de rechazar reglas y realidades normativas objetivas que el hombre deba aceptar, aunque éstas deriven de su dignidad; no se quiere otra regla que la derivada de la voluntad humana –*quod homini placet*–, y, para la vida social, del consenso y del pacto. Sin advertir –o con una advertencia lúcida– que esto es el reino de la arbitrariedad, justo lo que la conciencia de los derechos humanos rechaza.

– Sin duda el voluntarismo y sus frutos, el positivismo, el relativismo y el contractualismo, no son la tierra de cultivo propia de los derechos humanos; en este clima, se agostan. Y eso incluso en un clima social favorable a esos derechos como el que actualmente vivimos, porque existe una contradicción radical en su modo de entenderlos: se proclaman los derechos humanos, a la vez que se niega su existencia en cuanto tales derechos y se les deja al arbitrio del consenso y del pacto.

– Más radicalmente aún, se niega la objetividad de derechos y reglas derivadas de la dignidad humana, con lo cual se vacía al hombre de dignidad, sustituyéndola, como raíz de toda normatividad, por la voluntad, po-

tencia de suyo arbitraria. El hombre se condena a sí mismo a la arbitrariedad. Cosa tanto más grave cuanto que la voluntad arbitraria es la raíz de la tiranía y la opresión, es decir, de la injusticia.

– Es lo mismo que ocurre con el democratismo extremo. Hay una idolatría de la democracia, según la cual el criterio de justicia y legitimidad consiste sólo en el consenso democrático –todo y sólo lo democrático es justo y legítimo–, olvidando que con ello se deja sin fundamento y sin garantía a la democracia, pues del consenso y del pacto pueden surgir atentados a la democracia y a los derechos humanos, como atestigua tristemente la historia. La democracia necesita estar justificada por una racionalidad objetiva, que señale su legitimidad y su necesidad para un orden político justo, al mismo tiempo que marca sus límites (que no son otros que los marcados por su fundamento, esto es, por la dignidad humana).

– En esto los primeros defensores de los derechos humanos vieron más claro: los derechos humanos son inalienables, es decir, como leemos en la Declaración de Virginia, los hombres no se pueden privar ni desposeer de ellos por el pacto o contrato social. Los derechos humanos, en cuanto que derivan de la dignidad humana, son *objetivos* y limitan la capacidad de consenso y de pacto. Son, por lo tanto, previos y prevalecen sobre el consenso y el pacto, esto es, fundan la democracia y la limitan. Ellos son los que justifican la democracia y no al revés. Así, no es admisible la postura del democratismo extremo según la cual toda ley o norma democráticamente establecida es por ello legítima y justa y, por lo tanto, no da lugar a la desobediencia legítima, lo que nos llevaría a la aberración de tener que admitir que una violación de un derecho humano por un régimen democrático o que goce del consenso social no da derecho a la desobediencia.

– Todo ello nos conduce a lo mismo. El derecho positivo, el pacto, el consenso descansan en una racionalidad objetiva –en una realidad dada al hombre, captable por la razón– que es regla o norma –estatuto jurídico– con carácter previo a la voluntad humana. Por eso no se puede admitir la última novedad pseudoiusnaturalista: un derecho natural que rige en cuanto democráticamente aceptado. Si con ello quisiera decirse que admitir el derecho natural no significa defender la dictadura, es bien cierto; decir lo contrario bordea la necedad. La democracia se funda en el derecho natural, es evidente, por lo que defender el derecho natural lleva a defender la democracia. Pero justamente por eso, no es la democracia la que sustenta al derecho natural, sino al revés. El derecho natural ni se hace derecho ni tiene vigencia por el consenso democrático; es el consenso democrático el que tiene fuerza jurídica por el derecho natural. Decir que el derecho natural rige en cuanto democráticamente aceptado es, pura y simplemente, negar el derecho natural. Otra cosa muy distinta es de qué modo puede hacerse efectivo el derecho natural en una sociedad pluralista (que no es lo mismo que una sociedad democrática): se trata en tal caso de un problema político de convivencia, tolerancia, transacción y negociación; a la postre es un problema de votos; pero no es una cuestión filosófica ni de pensamiento jurídico. Filosóficamente hablando (lo que quiere decir según la objetividad de lo real), el derecho natural no se sustenta en la democracia, ni en el pacto, ni en el consenso; por el contrario, son éstos los que se sustentan en el derecho natural. La democracia, el pacto social y el consenso popular tienen la esencial limitación del derecho natural, del que derivan y en el que se fundan.

– Lo que dicho en otras palabras quiere decir que están delimitados por la dignidad de la persona humana, pues el derecho natural no es otra cosa que el estatuto jurídico (o racionalidad objetiva en el ámbito del de-

recho) que es inherente a la dignidad del hombre. De esta racionalidad objetiva nacen los derechos humanos.

– Entonces, ¿cuál sería el rasgo distintivo de los derechos humanos?

– Más que con palabras mías, lo diré con palabras de la Constitución española y de los textos internacionales: derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. Lo prefiero así por una razón metodológica. Los derechos humanos no son una conclusión de filósofos y juristas, sino una realidad jurídica y política. Lo que se trata de observar y conocer en profundidad –en cuanto es propio de la filosofía del derecho y la ciencia jurídica– es una realidad objetiva (una teoría y una praxis vividas), plasmada en multitud de textos políticos y jurídicos, nacionales e internacionales. Hay que estar a cómo se presenta esa realidad. Ciertamente podría ocurrir que los textos citados se expresasen mal –y esto es lo que en definitiva vienen a sostener los positivistas al no admitir derechos inherentes a la dignidad humana–, pero no es éste el caso, porque se trata de un lenguaje –o equivalente– consolidado durante más de doscientos años, avalado por una doctrina que cuenta más de veinticuatro siglos de existencia, patrimonio común de la ciencia jurídica europea hasta la aparición del positivismo: de la dignidad humana derivan unos derechos, o dicho con otras palabras, el hombre tiene unos *iura naturalia*, unos derechos innatos. En este caso, el gran equivocado no son los textos internacionales ni la Constitución española de 1978 (claramente iusnaturalista en su artículo 10), sino sus intérpretes positivistas.

– Además, esos textos son positivos y productos del pacto, del consenso, de los votos democráticos. Por lo tanto, según los positivistas así habría que definir los derechos humanos. Lo que ocurre es que esto no lo pueden admitir –con toda razón– porque ningún pacto, ningún consenso, ninguna votación democrática puede

hacer que la dignidad humana tenga unos derechos que le sean inherentes. Por una vez, los positivistas están puestos en razón. Lo cual viene a decirnos de nuevo que, en derecho, existen realidades y verdades objetivas que no derivan ni del pacto ni del consenso. Por lo demás, hay que reconocer que el lenguaje de los textos positivos es típicamente iusnaturalista, lo cual nada tiene de extraño, pues fueron unos iusnaturalistas quienes pusieron en evidencia la existencia de los derechos humanos y los describieron. Bien es verdad que los iusnaturalistas dieciochescos que tal hicieron cometieron tan graves errores, que desacreditaron el derecho natural (*su* concepción del derecho natural, no la clásica), pero en el tema de la existencia de los derechos humanos tuvieron un sustancial acierto aunque fallaron en su fundamentación.

– Así es, en efecto. Como iba diciendo, los derechos humanos son derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. Pero a mi juicio habría que añadir otro rasgo, que se me hace difícil expresar. Proviene esta idea de observar que no todo derecho calificable de natural es un derecho humano. Si nos fijamos, por ejemplo, en el derecho romano, no todos los derechos que los juristas romanos englobaron en la categoría de *iura naturalia* son derechos humanos: es derecho humano la por ellos llamada *naturalis libertas*, pero no otros *iura naturalia*. Desde que se evidenciaron, los derechos humanos, aunque calificados de derechos naturales, formaron una categoría especial de derechos naturales. Eran aquellos derechos naturales que sustituyeron a los derechos estamentales –derechos inherentes al estado o condición social– del Antiguo Régimen. En el Antiguo Régimen la sociedad se estructuraba por estados o grupos –estratos– sociales, cada uno de los cuales tenía su propio estatuto jurídico: era la sociedad desigual. Estos derechos derivaban del estado o estrato social y se tenían por pertenecer a él (derechos de estado o estamento). Con la caída del

Antiguo Régimen –ya antes en los movimientos intelectuales que la prepararon– el principio de desigualdad fue sustituido por el principio de igualdad, lo que supuso la ruptura de los estados o estamentos. No es que se redujese a todos los hombres a un solo e igual estado, sino que desaparecieron los estados con el sentido que tenían en el Antiguo Régimen: estructura fundamental del orden político y social o *constitución* (material) de los Reinos o Estados. En la constitución (material por el proceso revolucionario y, a partir de entonces, formal, por el movimiento constitucionalista) del Estado, los derechos de estado o estamentales fueron sustituidos por los *droits naturels* o *inherent rights*, pues desaparecido el *status* como origen de los derechos y proclamado el principio de igualdad fundado en la naturaleza, los derechos *constitucionales* aparecieron como originados en la naturaleza humana. Por eso, los derechos humanos surgieron como aquel grupo de derechos naturales que configura la condición constitucional del hombre y del ciudadano, aquellos derechos que limitan el poder y constituyen las directrices de gobierno, aquellos derechos para cuya salvaguarda y fomento los hombres se unen en sociedad y se dan los gobiernos, de modo que su pertinaz violación otorga legitimidad a la rebelión, al cambio de gobierno y aun a la constitución de nuevos Estados (como aparece en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, donde quienes se independizaron no fueron los pueblos colonizados, sino los ciudadanos colonizadores). Esta es la idea originaria, que a mi juicio no se ha perdido; por eso los derechos humanos se reconocen en las Constituciones.

– Entonces, ¿podría decirse que, en su opinión, los derechos humanos son los derechos constitucionales inherentes a la dignidad del hombre?

– Sí, siempre que constitucional se interprete en sentido material y que ~~con~~ por constitucional se entienda

que se trata de derechos que tienen relevancia en la estructura fundamental de la sociedad y de la acción de gobierno. De una forma u otra, los derechos humanos configuran la estructura fundamental de la sociedad –la *constitutio*– como unión de iguales y conforman las directrices básicas de la acción de gobierno. Por eso, los derechos humanos pueden llamarse derechos fundamentales.

– ¿Por qué dice "como unión de iguales"?

– Porque hay una íntima relación entre el principio de igualdad y los derechos humanos. Por eso todas las declaraciones de derechos humanos comienzan haciendo una declaración de igualdad, aunque de distintas maneras, bien directamente, bien equivalentemente. Se trata de afirmar que en la estructura fundamental de la sociedad no hay *status* o estratos sociales desiguales y en su lugar aparecen todos los hombres según su igualdad de naturaleza, de la que derivan unos mismos derechos –iguales en todos– inherentes a la dignidad humana. Por naturaleza, es decir, según la dignidad de la persona humana, todos los hombres son iguales y, en consecuencia, de su dignidad derivan los mismos derechos en relación a la *constitutio* de la comunidad política. La estructura fundamental de la sociedad se constituye como unión de hombres según su condición ontológica de personas (despojada de todo artificio social como era el caso de los *status*), de modo que su condición social fundamental y básica –constitucional– es la de ser humano con unos derechos inherentes a su dignidad. La idea originaria central –que sigue siendo válida– es la de abolir el artificio social con que el hombre se insertaba en la sociedad, en cuya virtud los hombres se constituían en desiguales –superiores e inferiores– por procesos impuestos por el hombre mismo, mediante una estratificación en el fondo arbitraria (no natural). Abolido tal artificio social, el hombre se presenta como miembro de

la sociedad –de la comunidad humana y de las comunidades políticas– según le corresponde por su estatuto ontológico –según su naturaleza, igual en todos–, el cual lleva inherente una condición jurídica: los derechos y deberes fundamentales.

– Si se trata de abolir artificios y contemplar al hombre según su estatuto ontológico, esto nos lleva necesariamente a conceptos tales como naturaleza y derecho natural. Así se comprende que los positivistas no sepan qué hacer con los derechos humanos. En realidad los adulteran, porque se limitan a sustituir un artificio social –los *status* y la sociedad desigual– por otro artificio: la igualdad y los correlativos derechos humanos como una concesión del derecho positivo, fruto de valores subjetivos o aspiraciones no menos subjetivas de la sociedad (productos culturales). Lo cual deja al hombre en el más absoluto desamparo, porque queda al albur de los movimientos de opinión.

– Ni más ni menos. Los derechos humanos y el principio de igualdad encuentran su explicación y su sentido recurriendo a la naturaleza y, con ella, al derecho natural. Observemos el principo de igualdad. Lo igual a todos los hombres no es su ser considerado en su realidad integral. En sus condiciones concretas de existencia los hombres tienen diferencias: hay varones y mujeres, los hay más inteligentes y menos inteligentes, los hay de razas distintas; en fin, cada hombre tiene características individuales de diferenciación, lo que permite identificar a cada persona. Lo igual en todos –independiente de toda condición social o rasgos diferenciales– es justamente la naturaleza. En ella se asienta la dignidad que, por ser *de naturaleza*, es igual en todos. Y como el hombre es social *por naturaleza*, su posición fundamental con los demás socios o miembros de la sociedad es la igualdad. Científicamente hablando, una conclusión universal –todos los hombres son iguales– sólo puede derivar de

una premisa universal, que en este caso es una realidad universal: la naturaleza humana. Por ello, si es verdad que los hombres somos iguales, necesariamente existe el universal naturaleza humana. Si se niega la naturaleza humana como universal, la igualdad resulta un puro artificio humano, dado que son evidentes las diferencias entre los hombres; del mismo modo que los animales, en función de sus diferencias, son valorados desigualmente, los hombres también podrían ser valorados desigualmente en función de sus diferencias ontológicas –actitud típica de los racistas, de los esclavistas, de los abortistas, etc.–, por lo que la igualdad sería un artificio. Pero eso es inadmisible en la teoría de los derechos humanos, no sólo porque es verdad que los hombres somos iguales en dignidad por naturaleza, sino también porque los textos –que es el objeto de interpretación del jurista y la base para el discurso de filosofía del derecho– dicen justamente lo contrario.

– Esta es la gran tragedia y contradicción de los positivistas. Para su teoría de las derechos humanos prescinden –contra lo que postula su teoría del derecho y su método– de los textos y a la postre los interpretan *contra litteram*, pues es innegable el lenguaje iusnaturalista de los textos. Sucede que la teoría de los derechos humanos –y la praxis consiguiente– tiene su origen en el contexto iusnaturalista, y sólo en él tiene una explicación coherente. Por eso no es de extrañar que los textos usen un lenguaje iusnaturalista, cuya interpretación –por coherencia– debe ser iusnaturalista, porque la interpretación positivista necesariamente va contra la letra del texto y adultera su sentido. ¿Qué puede significar para un positivista la expresión del artículo 10 de la Constitución española: derechos inviolables que son inherentes a la dignidad humana? ¿Qué es la dignidad, una valoración social?, y en ese caso, ¿qué puede significar el calificativo de *inherente* referido a los derechos? Además, si la dignidad es una simple estimación social, ¿qué puede signi-

ficar "dignidad inherente a la persona humana" como dice el preámbulo de los Pactos Internacionales de 1966?

– En castellano, inherente significa –así lo dice la Real Academia de la Lengua– lo que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa, que no se puede separar. E inherencia es la unión de cosas inseparables por su naturaleza. Si el Diccionario de la Real Academia no se equivoca –y desde luego no se equivoca–, la expresión del artículo 10 de la Constitución española significa unos derechos que *por naturaleza* son inseparables de la dignidad humana. Y dignidad inherente a la persona humana –de la que hablan los textos internacionales citados– quiere decir una dignidad que por naturaleza corresponde al hombre.

– Pues en inglés *inherent* tiene el mismo significado. Según "The Oxford English Dictionary", el más prestigioso de habla inglesa, *inherent* es sinónimo de *intrinsic, essential,* se aplica a un "essential element of something"; en definitiva *inherent* se usa "belonging to the intrinsic nature of that which is spoken of" (vol. V, Oxford 1978).

– Igual ocurre con el francés: *inhérent,* según el "Dictionnaire de l'Academie Française" (8ª ed., Genève 1978), quiere decir: "Qui par sa nature est joint inséparablement à un sujet".

– Por consiguiente, estamos ante un lenguaje inequívocamente iusnaturalista. Por eso, las interpretaciones positivistas adulteran el sentido obvio e inequívoco de los textos sobre derechos humanos.

– Desengañémonos, amigo Beresford, la teoría de los derechos humanos implica la puesta en evidencia –frente a las injusticias y desmanes de los hombres y del poder– de que existe una racionalidad objetiva que es regla o base de la vida social –de las relaciones interhumanas, societarias y comunitarias–, que es fundamento y límite de la justicia y legitimidad de las acciones huma-

nas, también la acción del poder. Y significa asimismo que el hombre no es un ser vacío o sin valor, sino un ser que, en virtud de su alta participación en el ser, está dotado de dignidad, lo que le hace portador de unos derechos objetivamente tales, con independencia de la valoración o estimación subjetivas de que sea objeto por parte de los demás. Por eso se trata de derechos *inviolables*.

– Justamente por eso, no son las valoraciones o estimaciones relativas y subjetivas las que miden al hombre y obran como criterio de sus derechos inherentes, sino al revés. Estas valoraciones y estimaciones son medidas y calificadas como verdaderas y falsas, justas e injustas, correctas e incorrectas en función de su adecuación a la dignidad objetiva del hombre.

– Dignidad objetiva, éste es el punto de partida; es decir, la dignidad inherente a la persona humana.

– Sí, así es; sin embargo, no resulta fácil comprender el significado de dignidad referido a la persona humana ¿Qué supone la dignidad para que a ella le sean inherentes unos derechos? Y unos deberes, no hay que olvidarlo, porque también hay deberes fundamentales que son inherentes a la dignidad del hombre.

– Ciertamente estos deberes inherentes al hombre existen; y su raíz y fundamento son los mismos que los de los derechos. Pero el término dignidad expresa una dimensión del hombre que pone en evidencia los derechos. En cambio, los deberes, que surgen también del ser del hombre –justamente de aquello mismo por lo que el hombre es digno–, no aparecen tan vinculados al aspecto de dignidad, sino más bien a la dinamicidad finalista del ser humano.

– Según esto, dignidad es palabra que expresa sólo un modo de ser el hombre, no todo el ser del hombre.

– Sí, en este sentido dignidad es un término que se aplica al hombre para señalar una peculiar calidad de ser,

para decir que es persona y no sólo individuo. Poseer una inherente dignidad y ser persona, aplicado al hombre, son términos equivalentes. Decir que el hombre es un ser digno, quiere decir que es persona.

– Entonces, ¿qué utilidad tiene usar el concepto de dignidad?

– A mi juicio mucha, porque señala con expresividad el aspecto de excelsitud y preeminencia ontológicas de la persona y la consiguiente condición de sujeto de derechos propia de ésta. Lo que ocurre es que hay que explicar qué significa dignidad aplicada al hombre, porque, si no se hace, este término resulta opaco, puede no resultar expresivo, dado que dignidad es un término genérico, que se aplica a múltiples situaciones y relaciones.

– Lo que quiere decir que para llegar a clarificar la expresión "dignidad inherente a la persona humana" hay que seguir un discurso despacioso. En definitiva, ¿qué significa dignidad?

– Dignidad tiene una serie de sinónimos de los que es suficiente hacer mención de algunos: excelencia, eminencia, grandeza y superioridad. Por lo tanto, la dignidad inherente a la persona humana, hace referencia a una excelencia o eminencia ontológicas –que el hombre tiene un ser excelente y eminente–, así como a una superioridad en el ser.

– Observo que todos los sinónimos indicados y, en consecuencia, también dignidad, parecen tener un sentido relativo: dicen relación, por comparación, a otros seres.

– Por lo que respecta a superioridad, así es. Superioridad sólo se tiene por comparación a otros y sólo se es superior del mismo modo. En este sentido, es propia de la dignidad una dimensión relativa –en relación con otros–, pues quiere decir que el hombre posee una ca-

lidad de ser –un tipo de ontología– que es superior al resto de los seres terrestres. Ahora bien, excelencia, eminencia y grandeza, si bien no dejan de poseer una cierta relatividad -pues tienen el contenido semántico de sobresalir–, poseen algo de absoluto, porque significan que aquel o aquello a lo que se aplica tiene un grado alto de bondad intrínseca. Así, si hablo de un sabio eminente, no sólo estoy diciendo que sobresale respecto de los demás, sino también que posee un alto grado de sabiduría. Si me refiero a una persona de conocimientos mediocres, que es la que en un contexto social sabe más –sobresale–, no usaré la expresión "sabio eminente", sino que me limitaré a decir que es el que más sabe, el más erudito o el más sabio, o a aplicar el dicho popular: "en tierra de ciegos el tuerto es el rey". En este sentido, dignidad, sin dejar de tener una dimensión de relatividad, tiene algo de absoluto. Predicada de la persona humana, la dignidad significa una excelencia o eminencia en el ser, en virtud de la cual el hombre, no sólo es superior a los otros seres, sino que posee una perfección en el ser, una eminencia o excelencia ontológicas absolutas (es decir, no relativas), que lo sitúan en *otro orden del ser*. No es sólo un animal de la especie superior, sino que pertenece a otro orden del ser, distinto y más alto por más eminente o excelente.

– Si eso significa dignidad, es obvio que no pertenece a la relación –aunque tenga una cierta dimensión de relatividad– sino a la esencia, esto es, a la naturaleza. Siendo esto así, una vez más Tomás de Aquino intuyó certeramente, en este caso cuando dijo que la dignidad es algo absoluto que pertenece a la esencia (I, q. 42, art. 4 ad 2), no a las relaciones (esto último, según se deduce del contexto).

– En efecto. Por eso dignidad inherente a la persona humana indica una excelencia o eminencia en el orden del ser, algo absoluto, en cuya virtud el hombre es per-

sona. Pero si pertenece a la esencia, porque se trata de una perfección en el ser, que no consiste simplemente en ser mejor o superior respecto de los otros seres, sino en pertenecer a otro orden del ser, la dignidad no se refiere a cualidades o condiciones individuales –según las condiciones particulares de la existencia–, sino a la esencia, esto es, a la naturaleza humana. La dignidad hay que predicarla de la naturaleza humana. La persona tiene dignidad como realización existencial de la naturaleza. Entonces se entiende plenamente y con todo rigor la expresión "dignidad inherente a la persona humana", pues inherente significa, como ya vimos, algo que es inseparable por naturaleza. Resulta obvio que la dignidad por naturaleza es inherente –se tiene por naturaleza– a la persona humana. Las piezas van encajando.

– ¿Y qué decir entonces del dicho sartriano "il n'y a pas de nature humaine"?

– Que si fuese verdad, la conclusión sería obvia: "il n'y a pas de dignité humaine". Partiendo del nominalismo que niega los universales, la expresión "dignidad inherente a la persona humana" carece de significación por dos razones: primero, porque inherente significa por naturaleza (que es un universal y los nominalistas niegan los universales); segundo, porque la dignidad es, ella misma, un concepto universal.

– Desde luego si la dignidad no fuese universal, es decir, si no tuviese como sujeto de inhesión la naturaleza, no cabría predicar la dignidad de todo hombre, sino que, según las condiciones particulares de la existencia, habría hombres más dignos que otros, y aun hombres indignos, lo que supondría que los derechos humanos no serían de suyo universales: unos los tendrían en más alto grado que otros, y algunos hombres no los tendrían como inherentes.

– Por mi parte me atrevo a decir más. Si la dignidad no se acepta como universal, entonces pierde su carácter

absoluto y queda tan sólo como concepto relativo. Indicaría entonces una relación entre los hombres; y como los hombres son, en sus condiciones particulares de existencia, desiguales, lo verdadero no sería el principio de igualdad (que es de naturaleza), sino el principio de desigualdad –unos hombres superiores a otros–, de modo que lo adecuado a *lo natural* (en este caso, lo ontológico) sería la desigualdad de derechos y la situación de superioridad de unos hombres respecto de otros. La igualdad sería una artificiosidad, de aquel tipo –trampas y mentiras de los débiles– que denunciaba el sofista Calicles en el *Gorgias* platónico. El nominalismo es el cementerio de la igualdad y de los derechos humanos.

– Bien cierto es que los nominalistas no son capaces de comprender la dignidad humana en su sentido correcto; por eso su teoría de los derechos humanos desemboca en su negación. Pero dejemos a los nominales y prosigamos con nuestro discurrir acerca de la dignidad del hombre. ¿Qué consecuencias principales se deducen del hecho de que la dignidad humana sea por naturaleza?

– Hay dos consecuencias principales, que son como corolarios axiomáticos. La primera de ellas es que todos los hombres tienen igual dignidad, pues la naturaleza –que es la esencia como principio de operación– es igual en todos. La segunda es que esta dignidad de naturaleza no admite grados, ni de unos hombres respecto de otros (es la igualdad antes indicada), ni en un mismo hombre, por lo que todo hombre tiene igual dignidad desde el primer instante en que comienza a existir hasta el último instante de su existencia: ni la edad, ni la salud, ni el nacimiento, ni cualquier otra condición o evento disminuyen o aumentan la dignidad inherente a la persona humana, que es la dignidad por naturaleza, pues es obvio que la naturaleza –en cuanto esencia como principio de operación– es inmutable por definición.

– Lo cual, dicho de otro modo, no quiere decir sino que todos los hombres son igualmente personas y que cada hombre es igualmente persona en todo su devenir histórico.

– Ni más ni menos. Todo aquello que suponga admitir una dignidad desigual o una gradación del ser persona –tanto de unos hombres en relación con otros, como de cada hombre en los distintos estados y condiciones en los que se puede encontrar– resulta rechazable.

– Ya se advierte que la aceptación de los *status* o condiciones personales o sociales como causas de desigualdad en dignidad o en la condición de persona no es admisible.

– Así es; toda sociedad estructurada constitucionalmente como *desigual,* por estados, estamentos, clases o grupos sociales sin la igualdad fundamental, tiene una dimensión de injusticia, sea una sociedad estructurada por castas, por razas o por criterios de nacimiento, religión, etc. Y esto no por idiosincrasia o mentalidad modernas, sino por naturaleza.

– A todo esto pienso que el discurso sobre la dignidad humana no está completo. ¿En qué consiste esa ontología eminente o excelente en cuya virtud el hombre está en otro orden del ser respecto de los demás entes de nuestro universo? Si el hombre no es un animal de la especie superior, sino que está en otra dimensión ontológica, ¿cuál es esa dimensión?

– Justamente aquella en cuya virtud es persona. O visto desde otra perspectiva, es aquella dimensión en cuya virtud, al definir al hombre como "animal racional", se está diciendo que no es un animal perfeccionado, sino un ser que, aunque tiene cuerpo, es más que animal: un ser peculiar y único que llamamos hombre: un cuerpo trascendido de espíritu o un espíritu que forma

una unidad sustancial con el cuerpo. Esa dimensión es la racionalidad.

– Bien, pero con esto la cuestión se está situando en un plano que ha de quedar bien identificado: no todos los entes son igualmente ser. En otras palabras, aunque todo ente es un ser, no todos los entes son ser con la misma intensidad o plenitud. O dicho de otra manera, el concepto ser no es unívoco sino análogo, pues no todos los entes son ser del mismo modo. La diferencia con que la palabra ser se predica de los distintos entes reside en que unos entes tienen más intensidad de ser que otros: son más ser. El *quantum* de ser o intensidad de ser no es igual en todos los entes. En este sentido, la persona es un ente que posee un *quantum* de ser o plenitud de ser muy intenso o alto, una eminencia o excelencia de ser superior al resto de los entes, lo cual designamos con la palabra dignidad.

– En efecto, así es. Si observamos el mundo de los seres inertes, indudablemente son seres. Pero no es menos indudable que su *quantum* o intensidad de ser es, podemos decir, pobre o débil. Basta ver sus carencias: vida, sensibilidad, etc. Tienen un ser *pobre*. Esto se manifiesta en que la individuación es tan débil, que fácilmente se muda. Así un anillo de metal puede ser fundido y transformado en objetos distintos, permaneciendo el mismo sustrato material. Los seres inertes, de una u otra forma, son transformables, lo que indica una individuación tan débil, que incluso están sometidos a un constante proceso de cambio, tanto naturalmente como por obra del hombre. El ser inerte es sobre todo un ser pasivo, un objeto, incapaz de cualquier dominio y siempre dominado por las leyes naturales a las que está sometido.

Los vegetales tienen un *quantum* de ser más intenso, lo cual se manifiesta en la vida que poseen. Ello da lugar a una individuación más fuerte: un vegetal no es

transformable en otro ser u objeto sin perder su principio vital, permaneciendo sólo el mismo sustrato material. Con todo, su *quantum* de ser sigue siendo pobre o débil; carecen de sensibilidad entre otras cosas. Además no tienen un ser-para-sí, sino que son simples partes del universo con un ser que se hace común con otros seres; y así sirven de alimento a los animales y al hombre. Como los seres inertes, están dominados por las leyes naturales que los rigen.

El reino animal, aunque presenta muchos grados, es sin duda un conjunto de seres ontológicamente más perfectos que los anteriores. El animal tiene un *quantum* o intensidad de ser de cierta envergadura. Es más ser que el vegetal. Los animales tienen la facultad de conocer sensitivamente y, en ciertos casos, son capaces de amor sensitivo. Tienen autonomía de movimiento, espontaneidad de acción y una cierta capacidad de comunicación. Pero en cuanto a su calidad o *quantum* de ser tienen importantes limitaciones. Son enteramente partes del universo, en función del cual viven y actúan y tienen establecido su estatuto ontológico, vital y de actuación (son simples partes del ecosistema). En este sentido, su ser no tiene ni autarquía ni autonomía y se encuentra *comunicado* (en el sentido de hecho común) con el resto del sistema de seres del universo. No poseen su propio ser, sino que éste es poseído o puesto en común, por lo cual unos animales sirven de alimento a otros animales por ley de la Naturaleza. Son simples piezas de un engranaje –partes del ecosistema–, sin un valor propio individual fuera del orden y de la utilidad del sistema del universo. Al no poseer su propio ser, tampoco lo dominan y están enteramente regidos por las leyes naturales que le son propias. El animal está inmerso en el conjunto, y en ser parte de él se agota su ser. Cada animal no es un ser enteramente otro respecto del resto de los seres.

– Todo esto significa que el hombre presenta diferencias muy significativas con el resto de los entes, que suponen una intensidad de ser, de tal potencia, que lo sitúa en *otro orden de ser*. Es una participación o *quantum* de ser, que no es simplemente una perfección de grado –un animal más perfecto–, sino una eminencia o excelencia peculiar de ontología.

– Efectivamente. En el hombre observamos una intensidad de ser, que supone un salto cualitativo esencial. Por de pronto el hombre tiene el conocimiento intelectual que no es un conocimiento sensitivo muy perfeccionado, sino que está en otro orden: en el del espíritu o inmaterialidad. Del mismo modo, el hombre es capaz de un amor (distinto del amor sensitivo y mucho más elevado), que inhiere en una facultad volitiva o apetitiva no sensitiva, que es la voluntad, potencia también de orden inmaterial o espiritual. En otras palabras, el hombre tiene una parte sustancial inmaterial o espíritu, que es una participación eminente o excelente en el ser. Como sea que el cuerpo y el espíritu forman una unidad sustancial individual única y completa, el ser humano en su integridad –cuerpo y espíritu– es un ser eminente y excelente: un ser digno o dotado de dignidad.

– Esto tiene naturalmente una serie de consecuencias en cuanto a la posición y relación del hombre con el universo y con los demás hombres, que desemboca en la titularidad de los derechos humanos como derechos inherentes a su ser.

– Sí, pero para llegar a los derechos inherentes a la dignidad humana nos queda todavía un cierto camino por recorrer si queremos analizar la cuestión paso a paso.

– Dada la opacidad del término "dignidad humana" es preferible seguir yendo a las raíces.

– Así lo pienso. Prosigo. El espíritu no es una ma-

teria particularmente perfeccionada, sino una sustancia de orden ontológico distinto y más eminente. Tiene un *quantum* de ser mucho más intenso. Por lo tanto, el hombre pertenece a un orden del ser corpóreo-espiritual distinto y más elevado que el animal.

– Quizás lo que más se advierte, dado que el espíritu no está sujeto a las dimensiones de cantidad y espacio, es que cambia sustancialmente la posición del hombre con el mundo circundante.

– En efecto. El espíritu participa de tan alto grado del ser –es ser de modo tan perfecto– que la individuación adquiere un preciso grado de plenitud: es simple, sin cantidad –y por lo tanto sin partes– lo que le hace *incomunicable*, es decir, no se hace común con otros entes, es enteramente otro. Se relaciona con los demás entes por el conocimiento –lo que supone una comunicación mediante el lenguaje– y por el amor, pero sin que el ser se comunique en el sentido de hacerse común. La sustancia espiritual tiene una dimensión de trascendencia: el ser es un ser enteramente otro, lo que es consecuencia –conviene repetirlo– de su plenitud de ser. Esta dimensión de trascendencia se comunica a la parte corpórea del hombre en virtud de la unidad sustancial cuerpo-espíritu y se refleja en la entera persona. El hacerse común con los demás seres, que hemos visto en los entes materiales, representa una imperfección en el ser –un *quantum* de ser relativamente pobre–, que, aunque lleva consigo una verdadera individualidad –si no no habría entes distintos–, se trata de una individualidad en cierto sentido débil, ya que el ente material es una parte de un todo más amplio, el universo, que lo engloba. Una piedra, un vegetal, un animal son seres individuales, pero sin ser enteramente otros en relación con el universo. La persona es distinta: es un ser enteramente otro.

– Esto es lo que se pone de manifiesto cuando se

dice que persona añade algo al individuo.

– Añade esta plenitud de ser enteramente ella misma y, por lo tanto, incomunicable; la persona es un ser enteramente otro: a esa dimensión puede llamársele trascendencia ontológica.

– Lo cual tiene una consecuencia. El hombre está en el universo y, en un cierto sentido, es parte de él. Pero a la vez lo trasciende; no es una simple pieza del engranaje del universo, no es una mera parte del ecosistema.

– Es parte del universo en el sentido de que está en él, pero goza de una posición singular; no está al servicio del sistema del universo porque lo trasciende. Está como *dominus* –naturalmente según unos principios racionales–, como enteramente otro, capaz de servirse de los demás seres.

– Esto es interesante, pero me parece más importante recalcar lo que antes se ha dicho: la persona es enteramente ella misma, que es lo que la hace ser enteramente otra.

– Ser enteramente ella misma es lo propio de la eminencia o excelencia –perfección– del ser espiritual. La simplicidad del espíritu, que lo hace incomunicable, supone una plenitud del ser, en cuya virtud la persona (cuerpo y espíritu) posee su propio ser, de tal suerte que es inabsorbible, indominable, inaprehensible por los demás. Por eso, en el caso del hombre, en el cual, por su dimensión corpórea, pueden darse por los demás acciones que a través del cuerpo intenten dominar la persona, tales acciones son violencia o injuria, opresión, esto es, acciones *contra natura*. Estos fenómenos de dominación violenta necesitan la mediación de la dimensión corpórea, porque no pueden darse directamente en el espíritu ya que el espíritu es de suyo indominable, es siempre libre.

– Con ello llegamos a la libertad de la persona.

– Sí, pero ante todo me parece decisivo poner de relieve que la libertad es, en su raíz y antes que otra cosa, un estatuto ontológico. Partiendo de la simplicidad del espíritu y de que la persona es un ser enteramente otro, la libertad nace de la potencia del ser, en cuya virtud la persona es incapaz de ser dominada por ser enteramente ella misma. No tiene en sí –y ello es una perfección– posibilidad de hacerse común y, por lo tanto, no tiene posibilidad de ser poseída o dominada por otro. Por eso, las leyes naturales del universo, en cuanto se refieren a la realización del hombre como persona (la obtención de sus fines, la sociedad con los demás hombres, etc.), sólo se presentan en él como apelación o tendencia, que el hombre es capaz de asumir o rechazar. Esta plenitud de ser comporta otra dimensión de la libertad: la capacidad de autodeterminación (la libertad de especificación y la libertad de ejercicio), es decir, la persona es dueña de su propio ser, en el sentido de no ser dominada por leyes naturales y de ser, por el contrario, principio original de sus determinaciones de obrar. En esta *originalidad* –la determinación de obrar no le es dada, sino que se origina en la persona– consiste la libertad en el ámbito de la operación.

– Se me ocurre ahora que si el espíritu es simple e incomunicable no puede venir a la existencia por generación, que es comunicación de naturaleza. Sólo puede existir por creación.

– Exactamente. Por eso cada hombre viene a la existencia por generación del cuerpo y creación del espíritu.

– Interesante. Pero dejando aparte este inciso me pregunto cómo la persona se relaciona con los demás. ¿Qué influjo tiene la incomunicabilidad?

– La incomunicabilidad no significa que la persona no esté abierta hacia los demás. Lo que hace es modalizar esta relación. La persona se relaciona con las otras perso-

nas, sin hacerse común en el ser, sin confusión o fusión, sino con una cierta trascendencia, es decir, en la *alteridad*, siendo siempre otro. Es una comunicación en la alteridad, comunicación mucho más elevada y perfecta que la absorción o fusión o ser simplemente pieza de un conjunto. En la persona se da la *societas* –en el sentido amplio de esta palabra latina–, las personas son *socii* en sus más diversas formas. Esa comunicación está fundada en la naturaleza.

– Lo que quiere decir que está basada en la misma ontología de la persona humana.

– Ciertamente. Y esto por virtud de la perfección o eminencia de la ontología de la persona humana, cuya raíz es la perfección ontológica del espíritu. Esa perfección ontológica consiste en el conocimiento y en la apertura al otro que se revela en el amor. Podemos hablar de una estructura *dialogal* de la persona. La persona no está encerrada en sí misma: tal encerramiento sería una imperfección. Se abre al mundo y a los demás por el conocimiento, un conocimiento que es contemplación, aprehensión intelectual que penetra en lo conocido. Entre personas, esta relación intelectiva de conocimiento es el principio de la relación personal de compenetración de espíritus, que se abre al amor. El conocimiento de la persona como bien amable, da origen a la complacencia o apertura radical y primaria de la voluntad –sin olvidar que a veces a ello se une el sentimiento– hacia la persona, que es lo que llamamos amor. Más en general podemos hablar de una apertura de la persona al otro como ser personal, esto es, digno, con una bondad ontológica que ha de ser respetada y amada. El respeto se vierte en la justicia por lo que atañe a los derechos, y el amor se expande en la solidaridad o, como decían los antiguos con término que sigue siendo válido, en la benevolencia o tendencia a hacer el bien al amado. Hay, pues, entre personas una comunicación

corpóreo-espiritual a través del conocimiento y el amor. Esa comunicación, que respeta la alteridad, lleva a la comunicación de pensamientos y afectos, que en el hombre, por su estructura corpóreo–espiritual, se hace a través de los signos del lenguaje.

– Hay, pues, una apertura de la persona al otro por el conocimiento y el amor, que es comunicación en la alteridad, es decir, sin fusión, sin dominio, sin ser piezas de un engranaje.

– Efectivamente.

– Pero parece que esto supone que ontológicamente la persona no es un ser solipsista, un individuo absoluto, una totalidad ensimismada, sino un ser-en-relación.

– Naturalmente que lo implica. Si no hubiese esa apertura ontológica, la persona no tendría capacidad de conocer el mundo exterior a ella (el conocimiento intelectual contemplativo es relacional, apertura a lo conocido), ni capacidad de amor. Lo cual supondría una situación de *pobreza* ontológica, incompatible con la excelencia del ser personal. La apertura al otro, la comunicación en la *palabra* (o verbo, sea intelectual sea en signo) y la unión de amor son expansiones naturales del ser personal, porque el espíritu se caracteriza por su expansividad, fruto de su eminencia ontológica. Por no estar encerrado en las dimensiones de cantidad y espacio, el espíritu tiende a expandirse según su propia naturaleza, esto es, según su simplicidad que lo individualiza fuertemente: esta expansión es el conocimiento y el amor, la relación con los demás.

– Entonces la concepción liberal primitiva del hombre, como individuo absoluto, asocial en estado natural, cae por su base.

– Basta observar que hablaban de individuo, no de persona. El simple individuo está encerrado en sus propias dimensiones; no cabe socialidad como apertura

ontológica. La persona, siendo más que individuo –o dicho de otro modo, siendo un individuo de naturaleza espiritual o racional y por ello con una individualidad fuerte–, es a la vez un ser-en-relación, justamente porque, en virtud de su riqueza ontológica, es capaz de abrirse a los demás, de expandirse, en la alteridad, o sea, permaneciendo ella misma.

– Esta estructura de la persona evidencia que la persona humana es social por naturaleza.

– Desde el momento en que es un ser-en-relación con los demás hombres, la persona humana es, en su unidad corpóreo-espiritual, un ser social por naturaleza. Los hombres están naturalmente unidos en una comunidad o *societas*. Pero, después de lo dicho, resulta claro que esta *societas* se realiza *en la alteridad*, permaneciendo la persona ella misma.

– Lo que quiere decir que la persona está en sociedad como persona, no como simple individuo, esto es, no se funde en el todo social como simple parte de él o como simple pieza del engranaje social. La dimensión social es una dimensión de la persona humana, que no la abarca totalmente. La persona permanece como ser autónomo. Esto pone de relieve lo opresor e injusto que es el totalitarismo y lo despersonalizador que resultaba el socialismo primigenio –"todo el hombre es público"– y que resultan todas aquellas teorías políticas que tienden a absorber la vida del hombre en estructuras públicas.

– Ciertamente. Como la *societas* o comunidad humana no absorbe la persona, pues es solamente la dimensión de comunicación de la persona en la alteridad, el hombre aparece dotado de autonomía en todo el ámbito que le corresponde en cuanto es ella misma.

– Con todo ello hemos llegado, si no yerro, a desentrañar el sentido de la dignidad humana, que no significa otra cosa sino que el hombre es persona, lo que

implica una eminencia o excelencia en el ser. Es claro que, vista así la dignidad, existe verdaderamente la dignidad inherente a la persona humana.

– Esto trae una serie de consecuencias para el asunto que estamos tratando: los derechos inherentes a la dignidad humana, lo que equivale a afirmar que esa dignidad –esto es, el hecho de ser persona– entraña la existencia de derechos que son naturales a esa dignidad.

– Sí, los derechos naturales de la persona, con el matiz antes indicado, derechos con que se presenta la persona en su inserción en la sociedad humana y en la comunidad política, o derechos que conforman su condición de miembro de la sociedad, especialmente en lo que atañe a la comunidad política.

– Me gustaría insistir en ese matiz, por el cual los derechos naturales se categorizan como derechos humanos. Pondré un ejemplo. Entre dos hombres A y B, que entran en relación, existe el derecho a la vida de cada uno frente al otro: es una relación entre dos personas. Si B comete homicidio en la persona de A, comete injusticia y lesiona el derecho natural a la vida de su víctima. Pero ese derecho a la vida, en cuanto es objeto de la relación interpersonal, no lo categorizo todavía y por sí solo como derecho humano. El derecho a la vida es un derecho humano o fundamental, cuando su respeto, su reconocimiento y su garantía son referibles a la sociedad y, específicamente, a la comunidad política como una de las bases de la conformación fundamental o *constitutio* (material) de la sociedad y de la comunidad política: cuando se advierte que el poder carece de potestad sobre la vida de los ciudadanos, cuando la vida se entiende como un bien reconocible y protegible –lo que implica una política y unas leyes dirigidas a su defensa y garantía–, base de la acción social y de gobierno ordenadas a la salvaguarda y desarrollo de la vida humana, etc. En definitiva, el derecho a la vida se configura como de-

recho humano cuando se le comprende como un factor de conformación de la *societas* humana (solidaridad, ayuda, protección) y de la comunidad política. Y así con el resto de los derechos humanos.

– Obviamente, esta función de conformación fundamental de la sociedad humana y de la comunidad politica propia de los derechos humanos no es *positiva*, esto es, no es una decisión humana, sino que es inherente a una serie de derechos naturales, que son justamente los que llamamos derechos humanos, como categoría prepositiva o preexistente a su transformación en derechos positivizados.

– Claro, así es. Como el hombre es social por naturaleza -más exactamente es *socio* por naturaleza- hay unos derechos naturales que conforman esa condición de socio: los derechos humanos. Ese núcleo es el que el derecho positivo debe *reconocer* y *garantizar*. Y esos son los derechos humanos.

– Ocurre, sin embargo, que la sociedad humana y particularmente la comunidad política están sometidas a la historicidad, al menos por lo que se refiere a los fines, lo que comporta una cierta historicidad en los derechos calificables de humanos. Por ejemplo, la libertad de cátedra, en su original y genuino sentido, sólo aparece cuando los establecimientos de enseñanza se convierten en públicos.

– Otros ejemplos podrían ponerse. En efecto, no hay duda de que hay una cierta historicidad en los derechos humanos, al menos en lo que atañe a su manifestación. Así el derecho al medio ambiente sano o al mantenimiento del ecosistema presupone, para manifestarse, una industrialización masiva, una no menos masiva especulación del suelo u otras circunstancias históricas bien conocidas. Podemos decir que la práctica totalidad de los derechos humanos tiene una cierta dimensión de historicidad, aunque posean un núcleo permanente. En

definitiva, todos son reflejos o manifestaciones, en función de unas circunstancias históricas determinadas, de un núcleo permanente: el derecho fundamental de la persona a vivir dignamente y alcanzar sus fines según su naturaleza. De ahí derivan todos los derechos naturales y, por lo tanto, los derechos humanos.

– Ahí está el punto que todavía no hemos tratado. Hemos visto que existe una dignidad inherente al hombre, pero ¿cómo de esa dignidad derivan derechos inherentes a ella? ¿Cómo es que hay derechos inherentes a la dignidad de la persona humana?

– Naturalmente, derechos inherentes a la dignidad de la persona humana quiere decir derechos intrínsecamente unidos, por naturaleza, a la condición ontológica de la persona humana: derechos connaturales a la persona humana. Todo cual supone necesariamente que la persona tiene una inherente subjetividad jurídica, esto es, que es sujeto de derecho como dimensión natural de su ontología.

– Lo que de nuevo nos lleva a rechazar un postulado positivista como contrario a los derechos humanos, a saber: la persona en sentido jurídico o sujeto de derechos es una concesión del ordenamiento positivo. No hay manera de conjugar este postulado con los derechos humanos. Si la persona en sentido jurídico o sujeto de derecho fuese una concesión legal, los derechos humanos lo serían también, lo cual –ya lo hemos visto y no es el momento de repetirlo– implica la negación de los derechos humanos.

– Ha hablado sabiamente, amigo Beresford. Derechos inherentes a la dignidad humana es frase vana –lo que rechazo abiertamente– si la dignidad del hombre no tiene como inherente la condición de sujeto de derechos como dimensión propia de la persona. Pero dejemos de lado los yerros positivistas y vayamos a lo que nos interesa. La pregunta clave es ésta, ¿cuál es el

constitutivo ontológico de la persona, que la hace titular de unos derechos?

– Ante todo hay que dejar establecido qué cosa sea un derecho del que es titular la persona: qué entendemos por derecho, ¿acaso la facultad de exigir una cosa o una conducta?, esto es, ¿la capacidad de reivindicar? No, el derecho es la cosa debida con deuda en sentido estricto; aquella cosa –corporal o incorporal– que, por estar atribuida a un sujeto, le es debida.

– Aunque el derecho lleva la facultad de exigir, no es esa facultad el constitutivo primario del derecho. No se habla de derechos humanos, para decir que el hombre tiene la facultad de reivindicarlos, si bien la reivindicación es consecuencia o forma extrema de su ejercicio. Cuando una Constitución, por ejemplo, reconoce el derecho de asociación, con ello no quiere decir primariamente que se reconoce al ciudadano el derecho a reivindicar el poder asociarse –aunque la legitimación de la reivindicación quede también reconocida–, sino que quiere decir ante todo que los hechos asociativos son legítimos y existe el deber por parte de autoridades y ciudadanos de reconocerlos y respetarlos. Lo que configura ese derecho es la acción de asociarse como una libertad debida a los ciudadanos, porque les pertenece esa acción asociativa. En otras palabras, el reconocimiento de los derechos humanos no consiste primariamente en el reconocimiento de la legitimidad de la protesta, las manifestaciones, las huelgas, las sentadas, etc. Todo esto se admite en un régimen de reconocimiento de los derechos y libertades como último recurso para que el ciudadano haga valer sus derechos, pero la esencia de los derechos humanos no consiste en eso. Los derechos humanos consisten en unos bienes atribuidos a la persona, que le son debidos. Y en el cumplimiento de esta deuda, que es el supuesto del uso y disfrute normal y pacífico de los derechos, consiste la justicia; en eso está la

sociedad justa.

– Es obvio, respetar y satisfacer el derecho a los alimentos –por poner un ejemplo– no consiste de suyo y principalmente en autorizar que los famélicos se manifiesten con pancartas, sino en hacer llegar a todos la porción de alimentos suficientes, porque tal porción les es debida por su dignidad de personas.

– En efecto, la dignidad de la persona humana –la eminencia o excelencia de su ser– postula vivir dignamente y alcanzar sus fines. Y todo ello, como algo debido, porque le pertenece.

– Sí, pero, ¿por qué le es debido, por qué le pertenece?

– Que le pertenece deriva de un rasgo propio de su ser. Hemos visto que la potencia ontológica o *quantum* de ser de la persona la conduce a ser dueña de su propio ser, es un ser que se autoposee, siendo incomunicable, esto es, que resulta enteramente otro con trascendencia ontológica, inabsorbible, indominable. Al ser dueña de su propio ser, cuanto integra ese ser suyo y, en consecuencia, los fines a los que está destinada, le pertenecen. Son bienes y fines que le están atribuidos por naturaleza. La persona, respecto de esos bienes y fines, es dueña y protagonista. Se genera así, en los demás hombres, el necesario respeto.

– Ello explica la atribución de unos bienes y fines a la persona como pertenencia suya: lo suyo. Es decir, explica la relación de atribución respecto de los demás, ante los cuales la persona aparece como *domina* o, más en general, como sujeto de atribución incomunicable o en exclusiva de algo propio. Pero falta, a mi juicio, una más profunda explicación de porqué lo atribuido a la persona le es debido.

– A mi juicio hay que volver a la incomunicabilidad. Lo propio de la persona –sus bienes y sus fines–

lo posee, le está atribuido, como a un sujeto enteramente otro. Al no haber un factor de hacerse común en el ser o comunicabilidad, los demás aparecen en una relación de incomunicación respecto de esos bienes o fines, carecen de toda atribución, pertenencia o facultad de apropiación o interferencia. Por eso deben respetar lo propio de la persona y si interfieren deben devolver o reparar.

– ¿Cuál es, entonces, la relación de los demás con la persona, puesto que forman una *societas*, son socios?

– Esta relación no puede ser otra que la relación de solidaridad. Los hombre son, por naturaleza, solidarios, lo que supone dos cosas: por un lado, la existencia de fines comunes, que deben alcanzar mediante el esfuerzo común solidario; por otra parte, que, respecto a lo propio de cada persona, los demás, en cuanto solidarios, deben, no sólo respetar, sino ayudar, fomentar y proteger. Estas son las finalidades propias de la sociedad humana y, particularmente, de las comunidades políticas. Por eso, respecto de los derechos fundamentales o humanos, la función de las comunidades políticas, en sus diversos grados, consiste en reconocer, garantizar y promover esos derechos, que es en definitiva reconocer, garantizar y promover la dignidad humana.

– Si me lo permitiese hay un punto en el que insistiría. Me refiero a la deuda. Lo propio de la persona es enteramente suyo y en este sentido el otro no tiene nada respecto a ello. Pero, ¿por qué es *debida* la no invasión? Si la invasión es posible de hecho, ¿por qué está impedida por un deber?

– Por la dignidad de la persona humana.

– Sí, pero ¿por qué dimensión de esa dignidad? Porque hemos visto que la dignidad no es otra cosa que la excelencia del ser, un alto grado de ser. Pues bien, ¿en qué consiste este alto grado de ser de la persona, que genera la deuda, el deber de respeto?

– A mi entender se trata de un grado de ser similar aunque inferior al ser en acto puro, lo cual refleja una plenitud de ser *semejante* al ser en acto puro. El ser en acto puro es el ser en su totalidad y plenitud, totalmente realizado en presente. El ser en acto puro *es* y no puede no ser. En él, el ser se realiza en toda su belleza, bondad, potencia, indestructibilidad, etc. El ser en acto puro, el más eminente y excelente, realiza la condición de ser persona en su más plena y total posibilidad. Pues bien, la persona humana, justamente por ser persona, posee un ser inferior pero semejante al ser en acto puro: es el ser *exigitivo*. Todo lo que es intrínseco a su ser –fundamentalmente dos cosas: su ser en acto y su ser en potencia, esto es, lo que es en cada momento histórico y los fines que le son naturales– no es acto puro, pero es *exigitivo*. Se trata de ser en grado tan alto y eminente que *postula, exige* ser según su condición histórica y según sus fines. Ello proviene de su mismo *quantum* de ser, de su perfección o eminencia de ser, de modo que la acción contraria o degrada la persona o la hiere. Es contra su propia ontología, la cual queda contrahecha o lesionada. En otras palabras, el ser de la persona implica inherentemente, intrínsecamente, el deber-ser.

– Si no entiendo mal, aquí se entrecruzan dos cosas: la ética y el derecho. Hay un deber-ser moral, que se plasma en que el hombre debe vivir según su naturaleza. Y hay un deber-ser jurídico de los demás respecto de la persona.

– Así es.

– Esto nos lleva a repensar conceptos fundamentales de la ética y del derecho. Hoy ya se ha hecho tarde, pero hemos de seguir charlando otro día.

– Despidámonos, pues, hasta una futura ocasión.

– Hasta entonces.

II. ESCRITOS BREVES

LIBERTAD, AUTENTICIDAD Y DERECHO NATURAL



Publicado en "Persona y Derecho", III (1976), págs. 515-521.

Excmos. e Ilmos. Sres.,
Queridos colegas y alumnos,
Señoras y Señores:

Escoger este acto académico, que celebra el fin de carrera de una nueva promoción de juristas, para honrar el VII Centenario de San Raimundo de Penyafort, tiene una significación que a nadie se le oculta. Ninguna honra mejor podemos ofrecer a nuestro Santo Patrono, que unir las dos Facultades jurídicas de esta Universidad a la alegría de un grupo de hombres de Derecho, que han de dedicar su vida al mismo ideal por el que tanto trabajó San Raimundo: el Derecho y la Justicia como norma y como bien de la sociedad. Es nuestra mejor ofrenda; más que con panegíricos, hemos querido honrar al Santo con hombres formados en la ciencia que él cultivó.

Pero no una ciencia jurídica, entendida como un convencionalismo social, siempre al servicio del más fuerte o de intereses de clase o de grupo, sino como la entendió San Raimundo. Aquella que se funda en los tres principios que señala la bula *Rex Pacificus* por la que Gregorio IX promulgó solemnemente la monumental obra del dominico catalán: las *Decretales* o *Liber Extra.* son esos tres principios que nos hablan de un Derecho al servicio de todo hombre y de su dignidad: "honeste vivere, alterum non laedere, ius suum cuique tribuere". Se trata, pues, de una ciencia jurídica asentada en la firme roca de la justicia y del Derecho natural.

Es cierto que esa roca firme hace tiempo que es azotada por el fuerte oleaje de ideologías que intentan destruirla. Pero es precisamente hoy, cuando el Derecho natural se presenta como el único modo de entender el Derecho capaz de dar satisfacción a los anhelos más profundos de las actuales generaciones, especialmente las más jóvenes: me refiero a su deseo de autenticidad y de libertad. Permitidme que diga algunas palabras al respecto.

La historia de la humanidad es una continua evolución. Responde este hecho a la dinámica misma del ser humano, que –tanto en los individuos como en la colectividad– está sujeto a un continuo proceso de perfeccionamiento. Es cierto que no faltan momentos regresivos. Pero aun contando con la existencia de tales regresiones, la evolución enriquecedora es manifiesta.

El sentido más profundo de la evolución de la vida del hombre en sociedad, es su perfeccionamiento continuo hacia la plena realización de la dimensión humana de la comunidad, es decir, la solidaridad, la libertad y la justicia.

La historia humana conoce una progresión en este punto, un proceso de conquista de la libertad y de la personalidad humanas dentro de la organización de la comunidad social. La comunidad humana –en un proceso objetivo de la comunidad como tal– va desplegándose, no sin errores ni caídas –no sin regresiones– hacia formas convivenciales más justas, en correlación a un progresivo desvelo de las potencialidades inherentes a la condición del hombre como persona.

Este proceso no es siempre lineal. Hay ciertos momentos en los que la humanidad, por decirlo así, dobla un recodo de su camino secular. Son los momentos de *inflexión histórica*. Cuando tales períodos se producen, la humanidad vive una *crisis*, en el sentido primigenio del término. La mentalidad, la cultura, las bases en que se

asienta una organización social sufren el impacto de nuevas ideas, a través de las cuales se abren ciertos horizontes vitales, que llevan a replantearse conceptos muy básicos de una civilización.

Si hay algo significativo en la presente situación, en nuestro tiempo, es el cambio de mentalidad que se está operando. Bien entendido que el cambio de mentalidad es el resultado de una nueva realidad (una nueva organización de la vida social), que ha de caracterizarse por una aprehensión más profunda de las exigencias y de las potencialidades de la personalidad y de la libertad humanas. En este sentido, el nuestro, es un período de inflexión histórica.

Sustancialmente estamos asistiendo al comienzo de un período de vigorización de la personalidad humana, cuyas notas –conocidas– podríamos señalar del siguiente modo: una mayor relevancia de la responsabilidad personal; una mayor participación en todos los niveles de la vida social; una mayor igualdad, lo que equivale a una justicia más perfecta. (No olvidemos que Santo Tomás pone la igualdad como uno de los rasgos de las relaciones de justicia).

Las notas señaladas se reflejan asimismo en ciertas reacciones frente a la conformación histórica contemporánea, frente al *status* o estructura actual: rechazo de aquellas dimensiones de "tutela" (lo que podemos llamar sustitución de responsabilidades), presentes en la organización social (o sea, deseo de ejercer la propia responsabilidad); rechazo de condicionamientos, esto es, de coacciones –de cualquier tipo que sean– que conformen desde fuera la propia vida y la propia personalidad (es decir, deseo de que se pueda actuar siempre según la propia conciencia); repulsa de aquellos comportamientos sociales que no corresponden al verdadero ser de quienes lo siguen (esto es, deseo de autenticidad); repulsa del poder cuando se ejerce de modo *paternalista*

(sustitutivo de la propia responsabilidad), no participativo o *dominante* (o sea, no justificado como función social, sino como situación de dominio).

Todo este conjunto de cambios, sin embargo, se está produciendo en medio de no pocos errores, que conducen a tantos hombres a vivir profundas contradicciones, en su pensamiento y en su vida. Para lo que nos interesa ahora, quisiera poner de relieve una de ellas.

Rasgo muy propio de nuestro tiempo es un amplio movimiento en pro de la justicia y de los derechos humanos, a la vez que algunos movimientos –especialmente entre las nuevas generaciones– se enfrentan al orden establecido. Todo ello se hace en nombre de bienes (justicia, derechos del hombre, libertad, autenticidad), que están en la médula del Derecho natural. Sin embargo, una parte no despreciable de estos movimientos no aceptan el Derecho natural.

Se mueven en un trasfondo cultural en el que se entremezclan la ideología existencialista y la marxista (y otras corrientes derivadas de ellas), dos ideologías inconciliables *a radice* con la aceptación del Derecho natural. Si prescindimos del marxismo, en el cual los términos justicia y derechos humanos carecen de verdadero significado (pues el mismo Derecho es un deleznable producto burgués, sólo aceptable en la fase transitoria de la dictadura del proletariado), la parte de los movimientos antes descritos a los que nos estamos refiriendo obedecen a una mentalidad de fondo, que se asienta en tres ideas o principios: 1º. El *sociologismo*, esto es, los módulos de comportamiento humano están determinados por un conjunto de fuerzas sociales, psicológicas y ambientales, cuyas normas no representan otra cosa que las constantes más significativas que se observan en las conductas reales de las personas. A las normas o leyes *morales* (lo que debe ser) se las sustituye por las constantes sociológicas empíricamente observables (lo que es). 2º. El

principio de la mayoría; en un segundo y casi imperceptible momento, esta constante sociológica se eleva a ley (a lo que debe permitirse o reprobarse): así, por ejemplo, si se trata del divorcio, lo decisivo no sería una norma moral o de Derecho natural, sino si la sociedad es divorcista o no, esto es, si ve como lícito o como ilícito el divorcio. La ley, lo que debe permitirse, aprobarse o reprobarse, es la resultante de la mentalidad dominante en un grupo social. 3º. La *sociedad permisiva.* La moral o ética en su sentido estricto, conjunto de normas que representan un deber-ser, serían en realidad represiones, tabúes, imposiciones sociales, etc., de las que el hombre debe liberarse. La sociedad debe permitir a cada uno realizar al máximo su propio proyecto existencial.

Vistos estos rasgos no puede dejar de advertirse una profunda contradicción. Hablar de justicia, de estructuras injustas, de lesión a los derechos humanos en este contexto ideológico es una contradicción. ¿Por qué es un tabú la honestidad en las relaciones prematrimoniales y no lo es el repudio del asesinato? ¿Por qué representa una liberación la abolición de las penas contra el aborto y no lo es la impunidad del robo? Adviértase bien el problema involucrado. Si todo se reduce a constantes sociológicas empíricamente observables dentro de un contexto social, si las leyes deben ser la resultante de la mentalidad dominante, si toda conciencia del deber-ser es un tabú o represión, a la vez que debe tenderse a que cada uno realice su propio proyecto existencial, la justicia o los derechos humanos no representan otra cosa que opciones meramente humanas, que no son más legítimas que sus contrarias. Quedaría todo reducido a una confluencia de fuerzas y orientaciones sociales, que de suyo no serían calificables de buenas o malas –en el sentido de inmorales–, sino de útiles, cómodas, eficaces (o sus respectivos contrarios). Si un grupo racial discrimina a otro grupo racial, si unos pocos eligen el camino del robo o asesinato, todo ello –en la hipótesis de ser

ciertos los tres principios enunciados: sociologismo, principio de la mayoría, sociedad permisiva– sería simplemente una opción existencial que de suyo no podría calificarse de justa o injusta, de moral o inmoral. Encarcelar a un asesino sería una mera decisión social –el asesinato sería considerado por el contexto social como algo incómodo o contrario al interés social–, como lo puede ser el genocidio de un pueblo por otro; todo estaría en función de la decisión de los gobiernos o de los grupos de poder (mayoría o minoría). Según el trasfondo de ideas que estamos examinando, hablar de justicia no tendría más valor que hablar de una opinión –y una opción social– tan legítima como la contraria. En realidad, la justicia deja de tener sentido, pues cuando tal palabra se invoca, lo que quiere decirse es que hay un orden de las relaciones humanas que *debe-ser*, no un simple hecho ni una opción libre, sino un *imperativo*, sin el cual la sociedad sufre un profundo desorden humano, tan profundo cuanto sea el grado de injusticia que existe. Y un imperativo por el cual vale la pena comprometerse y luchar. La misma idea de que hay estructuras injustas y que debe implantarse la justicia, la convicción de que vale la pena –es más, de que la dignidad del hombre lo exige– comprometerse por la justicia, ya nos están poniendo de relieve, que la justicia, los derechos humanos, el Derecho en suma, pertenecen a un orden del *deber-ser*, de los imperativos absolutos (no alternativos o condicionados), que ni se confunden con el orden establecido en su totalidad, ni pueden contemplarse correctamente desde una perspectiva meramente sociológica, del puro hecho. Pertenecen a un plano fundamental del vivir del hombre y de su ser como persona, que son norma de la realidad, no la realidad pura y simple convertida en una constante.

Los mismos que niegan el Derecho natural, no por eso dejan de calificar de injusta a una sociedad que permite la miseria de la mayoría junto a la lujosa opulencia

de unos pocos; como no dejan de clamar contra tantas formas modernas de esclavitud o de colonialismo, ni contra el asesinato, el robo o la calumnia. Esta es la íntima y más profunda contradicción de toda forma de positivismo jurídico. Porque si no existe un orden de justicia, un Derecho superior y más vinculante que el Derecho positivo, si no hay un deber-ser dado al hombre y no por él constituido, ninguna conducta humana, ninguna estructura social, ningún régimen político podría ser condenado en nombre de la justicia. Toda conducta sería, de suyo, igualmente válida o lícita (incluidos el homicidio, la defraudación, el genocidio o el brutal atentado que quita vidas inocentes), de modo que toda justicia o injusticia provendría sólo de la ley positiva, esto es, de la decisión del grupo social.

Contra semejante conclusión está –repetimos– el testimonio universal –cualquiera que sea la explicación que de este hecho quiera darse– de que hay un deber social, no instituido ni medido por el Derecho positivo, sino superior y anterior a él. Los mismos que niegan el Derecho natural con su opinión sobre el tema, lo proclaman con su vida, con su reacción ante situaciones injustas, con su invocación a valores sociales –v. gr. derechos humanos– sólo explicables a través del iusnaturalismo.

Sólo el Derecho natural puede responder adecuadamente a los anhelos de autenticidad y de libertad. Claro que para comprender que esto es así, se necesita previamente entender bien qué significa la autenticidad y qué representa la libertad.

La autenticidad no puede ser otra cosa que obrar conforme al propio ser. Si el hombre fuese su propio creador, no cabe duda de que a él correspondería proyectar su ser y el curso de su existencia. Pero el hombre no es su propio hacedor; viene a la existencia con un ser ya dado, con una naturaleza determinada, que, en virtud

de su propia esteructura y finalidad, ha de de desarrollarse conforme a las posibilidades y al orden que le son propios. Fácil es comprender así que la autenticidad está en la ley natural; ella es el supuesto de la autenticidad. Siguiéndola el hombre obra y se desarrolla conforme al propio ser y a la dignidad de persona que le son propios, en cuanto que es una criatura racional.

Con ello quiere decirse, entre otras cosas, que los hombres se presentan en su mutua relación como personas humanas, con toda la dignidad propia de ellas, y, por lo tanto, que hay una serie de exigencias de justicia que presiden su relación y su vida social.

Hay, en efecto, que partir del hecho fundamental de que el hombre es persona y por ello es un ser dotado de *dignidad*. Con esta expresión se quiere manifestar que el hombre se presenta ante sí mismo y ante los demás, no como una cosa o como un objeto, sino como portador de valores y respetabilidad, como portador de derechos y deberes inherentes a su condición de persona.

Lo que llamamos ley natural no es una especie de imposición extraña que limite las casi infinitas posibilidades de la humana libertad. Por el contrario es expresión de la dignidad y del valor de la persona humana, que se manifiesta tal cual es a través de ella. Hablar de ley natural es hablar de exigencias de la dignidad de la persona y de su adecuado desenvolvimiento. Exigencias de la persona ante Dios y consigo misma (deber de orden moral), pero también frente al otro y ante él como deber de justicia.

De este modo, las citadas exigencias aparecen como el fundamento de la autencidad de la persona en la esfera de la vida social. La persona, siguiéndolas, obra en conformidad a su estructura personal y como efecto de la fidelidad a Dios y a sí misma y como fruto de la justicia con el otro. El desorden entraña siempre una inautenticidad.

Parecidas reflexiones pueden hacerse con respecto a la libertad. Vienen a mi memoria, en este punto, unas lúcidas palabras del Premio Nobel, doctor Heisenberg: "La libertad de volar consiste en el conocimiento de las leyes de la aerodinámica. De igual modo, la libertad en las decisiones de la vida sólo es posible por la adhesión a normas éticas, y quien pretenda despreciarlas, como si fuesen una coacción, pondría sólo desenfreno en lugar de libertad". Me atrevería a decir, por mi parte, que la verdadera libertad consiste de modo radical en asumir conscientemente el propio ser, tal como nos es dado. Consiste sencillamente en amarlo: es entonces cuando la ley natural se asume espontáneamente, sin violencias, con libertad.

No es falta de libertad que el hombre acepte su ser tal cual es. Quien, en aras de la libertad, pretendiese andar sobre las aguas no conseguiría otra cosa que ahogarse. Si esto ocurre en el orden físico, lo mismo sucede en el orden moral. Cuando se incumple la ley natural, los efectos no son tan aparentes como cuando se incumplen las leyes físicas, pero no son menos destructores. Equivale a no alcanzar el desarrollo personal, a envilecerse y degradarse.

Si la más profunda raíz de la libertad consiste en el auténtico amor, en aceptar el propio ser tal cual es por naturaleza, la raíz de la verdadera libertad consiste en asumir consciente y espontáneamente la ley natural.

Una ciencia jurídica fundada en el Derecho natural como fruto de la autenticidad y de la libertad: esta es la gran lección que San Raimundo nos ofrece a los juristas de hoy. Y esta es la lección que yo os transmito, a vosotros que termináis la carrera, en el año de su VII Centenario, a la vez que, en mi nombre y en el de toda la Facultad, os deseo cordialmente toda clase de éxitos en vuestra vida profesional.

EL MATRIMONIO:
LO QUE ES Y LO QUE NO ES EL AMOR CONYUGAL



Entrevista. Del libro de Covadonga O'Shea, *La mujer ¿ha encontrado su identidad?* (Barcelona 1976), págs. 189-200.

Hay temas tan entrañables unidos con el ser humano, que no pueden pasar de moda. Temas, por otra parte, de tal solidez y envergadura en su verdadera esencia, inmutable por la ley de Dios, que no pueden exponerse a la intemperie de las corrientes de opinión.

Temas de hoy, sí, pero temas de siempre que no cabe manosear sin peligro de destruir sus más profundos valores. Son realidades que existen con independencia de nuestro juicio y de nuestra subjetividad limitada y tantas veces expuesta al error. Son, en definitiva, bienes que hemos de aceptar con un profundo respeto, con la actitud de quien recibe en depósito un objeto de gran precio, con la obligación de conservar intacto, para transmitirlo a las generaciones futuras.

El matrimonio entra de lleno en este capítulo de valores que hay que defender a capa y espada.

Porque existen –no hay más que echar un vistazo al entorno cultural y a la letra impresa que nos envuelve– una serie de ideologías de tinte materialista y ateo, que pretenden dar "un aire nuevo" a lo que en el matrimonio es irrevocable, no ya desde un punto de vista cristiano, sino enfocado desde un ángulo social. Olvidan que el matrimonio, a lo largo de la Historia, y en todas las civilizaciones, al ser un bien de importancia capital, tanto para los individuos como para la sociedad en su conjunto, se ha considerado como algo sagrado y digno del máximo respeto. Desde *Telva* nos hemos propuesto publicar una serie de artículos en los que personas varia-

dísimas aportarán sus puntos de vista sobre el matrimonio con un objetivo: exponer con palabras de hoy la verdad que no cambia.

El primer capítulo lo hemos centrado en un especialista de vanguardia: el doctor Hervada, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. Un hombre joven; un humanista que lleva a cuestas muchas horas de biblioteca y de estudio conjugadas con una larga experiencia de la vida, por su trato diario con cientos, miles de alumnos a los que está educando hace años desde su cátedra; con un curriculum de publicaciones y conferencias imposible de reproducir.

A pesar de sus títulos y de su horario apretado, sabe dedicar un rato a contestar con tranquilidad a cada una de mis preguntas. Le advierto que lo que traigo entre manos son las cuestiones que llegan cada día a una mesa de la Redacción. Cuestiones que surgen al hilo de la vida, en cualquier rato de charla más o menos profunda, confidencial e incluso trascendente. Cuestiones que plantean a diario, sobre las que buscan una luz verde que les anime a pisar a fondo el acelerador, sin miedo al riesgo.

– *Hay corrientes de opinión que hablan de una renovación de la sociedad conyugal. ¿Hasta qué punto son aceptables o rechazables estas teorías?*

– Depende de lo que se quiera renovar, claro está. Si lo que quiere renovarse son ciertas formas de comportamiento mutuo que dependen de la mentalidad y de la cultura, bien venida sea la renovación, siempre que sea mejorar, o simplemente adecuarse a nuestra idiosincrasia. No sería lógico –y pongo un ejemplo trivial– que los esposos actuales se tratasen de "vuestra merced" como en el siglo dieciséis, o que la esposa llamase "señor" a su marido. Hay muchas formas de organización de la sociedad conyugal que pueden y deben evo-

lucionar; y entre otras cosas, ya es hora de que desaparezca ese sentido de dominio (dueño y señor) con que el marido hispánico trata tantas veces a su mujer. La mujer es compañera y tan dueña y señora de su marido como lo es el marido de ella.

Pero los rasgos fundamentales y más nucleares del matrimonio son de Derecho natural, vienen dados por la misma naturaleza humana. Por esa parte, no hay evolución ni renovación posible. El que pretenda "renovar" por ahí, no renueva, sino que deforma y en parte destruye la sociedad conyugal. La renovación, en lo que el matrimonio es de Derecho natural, no es más que su envilecimiento, tanto mayor cuanto mayor es la pretendida renovación.

– *¿Cuáles son los rasgos fundamentales e inamovibles de la sociedad conyugal?*

– Se resumen en pocas palabras: consiste en la unión de un hombre y una mujer para siempre.

– *Ha dicho que estos elementos son de Derecho natural. Hay muchas personas que establecen una contraposición entre la ley natural y las exigencias del amor conyugal, porque aseguran que no son compatibles. ¿Cuál es su postura?*

– Que no existe oposición, porque el verdadero amor busca lo mismo que la ley natural. La madre hace por amor al hijo lo mismo que le dicta la ley natural: alimentarle, cuidarle, educarle. Y es que el verdadero amor busca el bien, lo mismo que la ley natural. Por eso, la ley natural que regula el matrimonio busca y quiere los mismos bienes que el verdadero amor conyugal. ¿Qué oposición puede haber? Esas "exigencias" del amor conyugal que se oponen a la ley natural, no son más que impulsos de las tendencias desordenadas, no nos engañemos.

– *También hay quienes sostienen que el amor debe ser la suprema y más elevada regla del vivir del hombre. Mientras hay amor todo está en regla. ¿Cree usted que esto es así? ¿Cómo explicar a personas de cultura media la frase de San Agustín: "Ama y haz lo que quieras"?*

– El amor, sin más calificativos, no puede ser la regla del obrar humano, porque hay amores verdaderos y falsos, virtuosos y viciosos. La avaricia es un amor excesivo al dinero, la envidia es efecto de un amor desordenado a uno mismo, y lo mismo ocurre con el amor entre varón y mujer. El adulterio es producto de un amor desordenado, pero amor; y lo es el amancebamiento y tantos otros vicios. Pero también el amor, dentro del matrimonio, puede ser honesto y deshonesto, generoso y egoísta. Luego aquel amor que es la regla de la conducta humana, es el amor ordenado. ¿Y qué es lo que ordena al amor? Como he dicho antes, lo que ordena al amor es la ley natural, la virtud en otras palabras. De este amor ordenado, imbuido de la virtud, es del que habla San Agustín en la frase que usted cita.

– *Es frecuente oir hablar de un "querer bien" y un "querer mal". ¿En qué consiste el buen amor del amor conyugal?*

– De una madre que consintiese todos los caprichos de un hijo diríamos que no sabe quererlo, que tiene un amor mal entendido; no haría un bien a su hijo, sino un positivo mal. El amor busca el bien y por ello sólo el amor que sabe buscar y encontrar el verdadero bien, no lo que a uno le parece que es bueno, sino lo que realmente es bueno, sólo ese amor es verdadero. Del mismo modo hay un amor conyugal auténtico, verdadero, y hay amores conyugales deformados y corrompidos. ¿Cuál es el "buen amor" conyugal?. Hace muchos siglos que está descubierto, aunque ahora hay algunos que se empeñen

en no querer enterarse. Es verdadero amor conyugal aquel que es indisolublemente fiel y está al servicio de los hijos.

– *Ya que ha nombrado usted la indisolubilidad del verdadero amor, ¿podría dar las razones en las que se apoya para defender el matrimonio desde un punto de vista natural y con un enfoque cristiano?*

– Me gusta que haga esa distinción para aclarar un tema de esta categoría. Porque la Revelación enseña y recuerda la indisolubilidad, pero no es su punto de apoyo. Quiero decir que no es primordialmente una perfección sobrenatural. La indisolubilidad del vínculo se apoya en la naturaleza humana; en la ley natural, la piden el fin de la procreación y el fin de la mutua ayuda, y la pide también la dignidad de persona humana del marido y de la mujer. Un coche se puede cambiar, pero quien es carne de la carne de uno y hueso de sus huesos, no.

– *Si esto es así, ¿cómo se explica estas campañas divorcistas, cada día más extendidas, incluso en ambientes cultos y civilizados?*

– Sería triste caer aquí en un engaño. Las "razones" del divorcio no nos las da la razón sino su oscurecimiento, no acabar de entender el amor conyugal, ni el matrimonio, ni la dignidad del varón y de la mujer. Ni el marido ni la esposa son "utilidades", que se aman por sus cualidades o sus beneficios, sino por sí mismos, como se ama uno a sí mismo, porque el marido y la esposa son una sola carne, como una sola persona. Quien aborrece a su mujer o a su marido es como si se aborreciese a sí mismo. Y eso no es natural. Mientras no se entienda que al marido o a la esposa no se le ama por sus cualidades, por su atractivo o por los beneficios que reporta, sino por el puro y simple hecho de ser el marido de una o la

esposa de uno, por ser su propia carne –del mismo modo que la madre quiere al hijo por ser su hijo y no por sus cualidades—, no se entenderá el amor conyugal ni la indisolubilidad.

– *¿Cómo y por qué razón hay que mantener un matrimonio en el que el amor, que es su base, ha desaparecido?*

– Voy a desviar un tanto la respuesta hacia un punto de partida anterior: hacia lo que es y lo que no es el verdadero amor conyugal, que no se puede confundir con los sentimientos afectivos, ya que lo esencial y más importante del amor conyugal es la voluntad. Esa voluntad de querer, de cumplir fiel y amorosamente los deberes conyugales de todo tipo, es el núcleo central del amor conyugal, lo que le da firmeza y estabilidad, lo que hace que sea verdaderamente amor. Los sentimientos afectivos hacen más fácil la convivencia, y los trabajos que son propios del matrimonio, hacen al amor más gozoso e incluso le pueden hacer más perfecto. Por eso son muy deseables, aunque no sean lo esencial del amor conyugal ni imprescindibles.

– *Esto choca de frente con las tesis personalistas que se apoyan en la autenticidad y en la espontaneidad para defender la postura contraria. ¿Dónde está el equilibrio?*

– "Pon un nombre a una buena cualidad, y pronto designará un defecto". Así decía Lewis, describiendo un efecto muy común de la habilidad del hombre para encubrir sus fallos. Esto es lo que ocurre con las dos palabras que usted ha indicado. La autenticidad consiste en que el hombre obre conforme a su naturaleza, a la ley natural. La espontaniedad, por su parte, se refiere a que obre con amor, con amor ordenado se entiende. Pues bien, hoy se aplica muchas veces a sendos defectos. Se llama autenticidad a conducirse según las inclinaciones que se sien-

ten en uno mismo, sean ordenadas o desordenadas; y se denomina espontaniedad a no reprimir ninguna de esas tendencias, tampoco las desordenadas. El meollo de la cuestión está en negar que el hombre tenga en él tendencias desordenadas, o más exactamente, en no admitir que haya en el hombre bien o mal.

– *Algunos se preguntan si no habrá que buscar nuevas fórmulas para el matrimonio. ¿No es una falta de libertad sujetarse al matrimonio, tal como hasta ahora se ha entendido? ¿Por qué sujetarse al matrimonio tradicional "burgués"?*

– ¿Recuerda usted la comedia de Ana Diosdado "Olvida los tambores"? He ahí el ejemplo de una pareja que buscaron una nueva fórmula. Y ya se ve cómo terminó el experimento, con el adulterio de uno de ellos, con el fracaso. No es falta de libertad que el hombre acepte ser tal cual es; por ejemplo, que no puede volar por sí mismo. Quien, en aras de la libertad, pretendiese andar por los aires, lo único que conseguiría sería ir volando al hospital, en una ambulancia, claro. Cuando se incumple la ley natural, los efectos no son tan aparentes, pero no son menos destructores. Equivale a no alcanzar el desarrollo personal, a no realizarse como ahora se dice, a envilecerse, en suma, como se envilece el ladrón, el murmurador o el homicida.

El matrimonio no es un producto cultural –un invento más o menos feliz, de los hombres–, sino una institución dada por la Naturaleza, impresa en el ser del varón y de la mujer en forma de inclinación natural respectiva, no hay "nuevas fórmulas" posibles. Y llamarlo matrimonio "burgués" me parece –con perdón– una tontería.

La libertad consiste en el auténtico amor, en aceptar el propio ser tal cual es por naturaleza (no el desorden); amar el matrimonio tal cual es por naturaleza, en eso

consiste la verdadera libertad.

– *¿Qué importancia ha dado la Iglesia, y en concreto el Vaticano II, al amor conyugal, en relación con los bienes del matrimonio?*

– Supongo que se refiere usted a lo que en los documentos de la Iglesia se llama los tres bienes del matrimonio: estar al servicio de los hijos, la fidelidad y la indisolubilidad. Pues bien, lo que se deduce del Vaticano II es que estos tres bienes son el criterio para distinguir el amor conyugal verdadero de sus corruptelas. Es verdadero amor conyugal, como se ha dicho, aquel que es indisolublemente fiel y está orientado al servicio de los hijos.

– *¿Qué es lo específico del matrimonio como sacramento?*

– De varias maneras podría contestarse esta pregunta. Sin entrar en disquisiciones, diría que consiste en un enriquecimiento sobrenatural que adecúa el matrimonio a la condición de los bautizados, que son hijos de Dios por el bautismo. Algo así como si el matrimonio meramente natural fuese poco adecuado, demasiado pobre, a la nueva condición de hijos de Dios; por la sacramentalidad, el matrimonio se ennoblece, se enriquece y se hace más adecuado a la condición de cristiano. Lo específico del matrimonio sacramental consiste en la gracia que lo santifica.

– *¿Por qué fuera del sacramento no hay matrimonio entre cristianos?*

– Pues por lo mismo que por lo que un manzano no puede dar nueces, ni un peral cerezas. Es decir, porque los efectos son siempre proporcionados a las causas. Me

explico. El sacramento no es un añadido al matrimonio, por ejemplo, la celebración litúrgica, la ceremonia de casarse ante el sacerdote, sino una forma de ser el matrimonio, algo así como el hierro al rojo vivo comparado con el hierro a la temperatura ambiental. El sacramento no es otra cosa que el mismo matrimonio santificado por Cristo. En virtud de la misma institución divina, los cristianos, al casarse, dan origen al matrimonio cristiano, que es el adecuado a su ser de hijos de Dios; y no pueden dar origen a un matrimonio meramente natural, precisamente porque al ser cristianos no son capaces de unirse como infieles, como algo que no son. Esto no es una limitación, sino una perfección, como es una perfección que la pareja humana no puede engendrar monos, sino sólo hombres. El hombre perfeccionado por el bautismo sólo puede casarse como tal, en vínculo sacramental, y no como mero hombre, en vínculo meramente natural.

El profesor Hervada tiene una Junta de Gobierno. Una vez más, el teléfono corta el hilo de una conversación importante. Quizá en otra ocasión seguiremos hablando de otros muchos aspectos de este tema que hoy quedan en cartera. Creo, sin embargo, mientras bajo la escalera de mármol, que la luz verde ha quedado encendida para quien ha elegido con decisión un camino esforzado, duro en ocasiones, pero que se puede recorrer cuando se lleva en el alma una buena dosis de esperanza.

EL COMIENZO DEL DERECHO A LA VIDA EN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS



Publicado en "Revista de Medicina de la Universidad de Navarra", XXI (1977), n. 1, págs. 91-93.

Los derechos humanos fueron proclamados en su día por la ONU como aquel ideal común que deben asumir todos los hombres y naciones, para llegar a conseguir el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos queden liberados del temor y de la miseria. La liberación conduce a la libertad, la ausencia de temor es fruto de la paz, y la justicia –además de ser la base del orden social– elimina la raíz de la miseria, porque como dijera Kant, "la más grande y repetida forma de miseria a la que están expuestos los seres humanos consiste en la injusticia, más bien que en la desgracia".

La lucha por los derechos humanos ha sido, desde sus comienzos, la lucha de unos grupos sociales, o bien frente a la injusticia y a los abusos de otros grupos o personas, o bien para alcanzar un puesto en la sociedad que antes les era negado. En todo caso, se parte de una situación en la que las estructuras de poder y las leyes puestas por los hombres niegan a unos grupos de personas ciertas exigencias fundamentales de justicia. Si se reclaman derechos denegados por la ley, es claro que tales derechos no tienen su origen en ella y se fundan en algo que no es la voluntad humana ni las decisiones sociales, algo que se entiende *anterior* y *superior* a las leyes de los hombres. Ese fundamento es la naturaleza humana y la condición de persona propia del hombre. Por eso se hablará de derechos naturales, en las primeras declaraciones de derechos humanos surgidas en América y Europa durante las postrimerías del siglo XVIII; o bien de derechos *inherentes* o *esenciales* a la persona humana,

según prefieren las declaraciones y pactos posteriores a 1945.

El fundamento puesto a los derechos humanos nos indica que son –y así se entienden– derechos *universales*, derechos que tiene todo hombre por el mero hecho de serlo. Derechos que no son concedidos por las leyes humanas ni por decisión de los gobiernos, sino derechos que todo hombre tiene por sí mismo; por eso, el Estado y la comunidad internacional se limitan –como dicen con precisión los documentos sobre tales derechos– a *reconocerlos*, y constituye una injusticia su desconocimiento por las leyes humanas.

Sin embargo, también en este caso se ha cumplido el refrán *del dicho al hecho hay mucho trecho.* La real universalidad del goce de los derechos humanos ha sido la gran batalla no terminada. La historia de su aplicación nos muestra una extraña paradoja. Pese a que los derechos humanos se declaran universales, los mismos declarantes están en ocasiones lejos de reconocerlos a todos. Como un ejemplo entre muchos, podemos referirnos a la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776. El "buen pueblo de Virginia", como se autotitula en la declaración, afirmó solemnemente en el documento citado "que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos... a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad". Estos derechos se entienden "como base y fundamento del gobierno". Todos los hombres –dice y vale la pena repetirlo– son por naturaleza igualmente libres e independientes y la libertad es un derecho innato; pero Virginia era en 1776, y siguió siéndolo por bastantes años, un Estado esclavista y el "buen pueblo de Virginia" no dudó en alzarse en armas para defender la esclavitud y evitar así que la libertad de todos fuese de verdad la

base y el fundamento del gobierno de los Estados Unidos. Antes morir que ser congruente.

De extraña paradoja he calificado tal actitud, pero la extrañeza es menor si se advierte un rasgo típico de las declaraciones de derechos: se trata de documentos políticos, que obedecen a movimientos reivindicativos. Lo que fundamentalmente interesa en cada caso –con excepciones que serán el germen de la pervivencia de la tensión a la real universalización de los derechos humanos– es la concreta reivindicación, mucho más que la congruencia entre las ideas y la vida. Se busca la libertad de los ciudadanos frente al absolutismo real y a los privilegios de la nobleza, se intenta la libertad de opinión para extender la propia, etc. Pero, yendo al primer ejemplo puesto, ¿y los que no son ciudadanos, como es el caso de los esclavos, de los apátridas, de los refugiados, etc.? De ellos se olvidarán los ciudadanos, una vez conseguidos los derechos reclamados; sólo se acordarán de ellos los pocos que están más atentos al bien de la humanidad, que a reivindicaciones concretas por legítimas que sean. En principio, "los otros" quedan al margen –son los marginados– del disfrute de estos derechos. Costará sangre –en sentido real y en sentido metafórico– la integración de los marginados. Es éste el resultado de lo que a mí –pese al poco caso que se me hace cuando lo digo– me parece el "pecado original" de los derechos humanos: el estar en manos de los políticos, cuando debieran estar en manos de los juristas. Lo que en el fondo quiere decir que, en lugar de estar en manos de los hombres de la justicia, lo están en las de los hombres –muy respetables por lo demás– de los intereses, cosa que a la justicia le suele sentar bastante mal. Aparte de razones históricas, la raíz de este hecho es un interesado olvido: el olvido del verdadero Derecho natural. Sólo el auténtico Derecho natural y no la política es la base inconmovible de los derechos humanos. En política, basta una votación o la fuerza de un grupo para

que un derecho o muchos en bloque se esfumen.

Dentro de la que pudiéramos llamar la "geografía de los derechos humanos", los países donde están implantados, hay todavía unos grandes marginados: los no nacidos. Un sector de la humanidad no reivindicadora, porque es una humanidad silenciosa, sin poder hacer más ruido que el que haga la propia conciencia de los nacidos. Ahora el grupo que reclama y disfruta de los derechos humanos, poniéndolos a su servicio, con frecuente olvido del otro gran grupo, es el de los que han conseguido nacer. Sigue persistiendo la extraña paradoja. ¿No oímos y leemos de qué forma los derechos humanos son enarbolados por algunos como bandera para defender el más brutal ataque a la vida del no nacido? ¿No se está defendiendo la interrupción intencionada de la gestación con apoyo de falsos derechos humanos?

Y son falsos porque, ni existen por Derecho natural –del cual suelen aborrecer quienes tal cosa hacen; ya se cuidan ellos de negar que ese Derecho exista–, ni aparecen por ningún lado en las declaraciones de derechos. Por el contrario, un análisis riguroso de la Declaración Universal de Derechos Humanos nos muestra que allí donde hay un ser humano, allí existe el derecho a la vida. Y ese derecho debe ser protegido por las leyes estatales. Los Estados que han firmado esa Declaración y a la vez permiten atentar contra la vida del no nacido, cualquiera que sea la fase de su desarrollo, son tan congruentes con dicha Declaración como el "buen pueblo de Virginia" con la suya.

Un somero análisis del preámbulo de la DUDH pone de relieve dos cosas. La primera, que los derechos fundamentales se entienden basados en la dignidad intrínseca del hombre, en el valor de la persona humana. La conclusión es obvia: todo ser humano es titular de los derechos humanos, porque allí donde existe la naturaleza humana hay la dignidad y el valor que están

en la base de los derechos. La segunda es la universalidad de tales derechos; punto éste expresamente recogido en el sexto *Considerando*: "Los Estados Miembros se han comprometido a asegurar... el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre".

La universalidad efectiva fue, sin suda, una de las principales preocupaciones de los redactores, que, tanto en la terminología usada, como en las concretas prescripciones del articulado, la dejaron bien establecida. Los términos utilizados, especialmente en las versiones francesa e inglesa (lenguas nativas de los más caracterizados miembros de la comisión redactora), no dejan lugar a equívocos: *todo ser humano, todo individuo, all human beings, everyone, chacun, tout individu, tous les êtres humains*, etc. La expresión que más podría ser objeto de manipulación, la de "persona", por la conocida distinción entre persona en sentido jurídico y persona en sentido ontológico, tampoco ofrece dudas, porque cuando la usan los textos castellano o francés, el texto inglés utiliza otras –*everyone*, por ejemplo–, que indican con claridad qué persona se toma en sentido ontológico, equivalente a ser humano.

Toda persona –*chacun, everyone*–, dice el art. 2, tiene los derechos proclamados en la DUDH, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. La universalidad está recogida en toda su amplitud, especialmente a través de la expresión final: *cualquier otra condición*. Tampoco, pues, la de nacido o por nacer. Pero hay más; el art. 6 dice, traduciendo literalmente el texto inglés que es el más expresivo, que todo ser humano –*everyone*, en versión castiza *todo quisque*– tiene derecho a ser reconocido en todas partes como persona ante la ley (*Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law*). También, en consecuiencia, el no nacido.

Oí decir en cierta ocasión –tal como me lo dijeron lo cuento– que René Cassin, al comenzar los trabajos de la Comisión redactora de la DUDH, envió una carta a relevantes personalidades, pidiéndoles sugerencias y opiniones. Una de las respuestas que más le conmovieron fue una de las más breves. Gandhi, mientras viajaba en ferrocarril, le escribió unas líneas en las que –decía– se limitaba a transmitirle algo que había aprendido de labios de su madre: "Defended por encima de todo el derecho a la vida". No sé si será por esto o porque así lo requiere la sistemática, pero el caso es que el primero de los derechos enunciados por la DUDH, en el art. 3, es el derecho a la vida. "Todo individuo –*tout individu, everyone*– tiene derecho a la vida".

La redacción no ofrece dudas; todo individuo de la especie humana, todo ser vivo calificable de ser perteneciente a nuestra especie –o lo que es lo mismo, allí donde hay una naturaleza humana individualizada– tiene derecho a la vida. No importa *ninguna condición* (art. 2) en la que se encuentre, si es un ser humano individualizado: lo mismo da que sea joven o viejo, nacido o no nacido.

En este punto, se puede establecer una plena coincidencia entre la DUDH y el Derecho natural. El derecho a la vida es el derecho básico, sin el cual todos los demás se derrumban; con razón escribía un ilustre iusnaturalista cubano de principios de siglo, Aramburo, que inútil sería reconocer muchos derechos a un hombre si pudiéramos decirle: los tendrás mientras los otros te permitamos vivir. Ya se ve que, si no se reconoce el derecho a la vida, no se reconocen verdaderamente los demás derechos y que cualquier fallo en la defensa de la vida es, inevitablemente, un fallo en la garantía y reconocimiento de los otros derechos; pretender defender los derechos humanos y no defender en toda su integridad y

extensión el derecho a la vida es una hipocresía o un grave error.

Derecho básico, cuyo fundamento es la dignidad ontológica del hombre. De tal suerte el hombre participa del ser –de tal forma es ser–, que es dueño de su propio ser, es un ser *que exige ser*.

Pero es legítimo preguntarse, ¿dónde hay un individuo humano? La respuesta, si se atiende a la verdad científica, es bien clara: allí donde hay un nuevo ser vivo, que si bien *está* en la madre, ya *no es* la madre. en otras palabras, cuando ha surgido un nuevo ser que tiene en sí el principio intrínseco de vida. Preguntemos a los biólogos: después de la fecundación; ¿hay un solo ser vivo –la madre– o dos seres vivos, la madre y el cigoto? Y la respuesta que nos dan es también clara: el cigoto es un nuevo ser vivo. Desde el momento en el que se unen el óvulo y el espermatozoide hay ya una nueva vida humana. Este ser embrionario, que es una naturaleza humana individualizada –un nuevo ser vivo perteneciente a la especie humana, un nuevo individuo–, es portador de toda la dignidad de la persona humana y sujeto de los derechos más fundamentales del hombre.

He hablado de principio intrínseco de vida, que es lo mismo que decir vida independiente. Y es aquí el momento de hacer una aclaración, porque la palabra independiente es con frecuencia manipulada en nuestro tema. Vida independiente no significa que no necesite de otros seres para vivir, sino que reúne dos condiciones: primera, que se trata de un ser distinto de aquel del que acaso dependa, se trata de un ser individualizado; segunda, que el principio de vida es propio y no recibido de otro. Todo ser vivo necesita de otros seres, vivos o inertes, para vivir. Y los necesita como ambiente, alimento o condición de vida. En este sentido, no hay ninguna vida independiente. El pez, fuera del agua, no puede vivir, pero agua y pez son seres distintos. El

hombre adulto necesita alimento, oxígeno y calor, pero el hombre es un ser distinto del aire, de los alimentos, de la energía calórica. En la simbiósis unos seres viven por la unión con otros, pero son seres distintos. Vida independiente significa, pues, otra cosa; significa la independencia del principio vital, que cada ser tiene en sí su propio principio de vida.

El ser humano no nacido necesita de la madre, depende de ella; pero depende de ella como ambiente, fuente de alimentación, condición, no porque no tenga en sí su propio principio intrínseco de vida. Experimentalmente se demuestra por el hecho de quc, a medida que el hombre es capaz de crear artificialmente ese *medio* para etapas cada vez más iniciales del desarrollo del embrión humano, éste se desarrolla normalmente dentro del medio artificial en etapas más prematuras. Si logra crear ese medio apto para el cigoto, éste se convertireá en niño normal y luego en adulto. Esto sería impensable si fuese una parte de otro ser vivo, de la madre, y no tuviese en sí su propio principio vital. El cigoto es, ya, un ser humano distinto, perfectamenrte individualizado.

Desde el momento de la concepción, aparece un nuevo individuo humano, un nuevo ser humano, que como todo individuo, sin distinción de cualquier condición, es titular del derecho a la vida. Lo es por Derecho natural, y lo es de acuerdo con la DUDH, cuyo art. 7 dice que "todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley".

Admisión del aborto y proclamación de los derechos humanos es una de las más flagrantes contradicciones de nuestro mundo; la más llamativa de las "extrañas paradojas" del momento actual de la historia de los derechos humanos.

¿MÉDICOS O TÉCNICOS DEL CUERPO HUMANO?



Publicado en "Revista de Medicina de la Universidad de Navarra", XXII (1978), n. 1, págs. 67-68.

Mientras intentaba en vano buscar algún remedio al espeso y penetrante calor que me perseguía implacablemente –al raso y a cubierto, de día y de noche–, durante mi corta estancia en Manila –corta, bien a mi pesar y pese al clima–, una pregunta repicaba insistentemente en mi cerebro. ¿Eran verdaderamente médicos algunos de aquellos congresistas, cuyas intervenciones oía? No se refería la pregunta a la pericia, sin duda irreprochable (no soy juez en tales lides), de aquellos cuyas palabras ponían en mí la duda; no, no era la pericia lo que levantaba el interrogante, sino aquello a lo que pretendían aplicarla. Me daban la impresión de mercaderes ofreciendo –con una asepsia que ellos llamarían científica y a otros muchos oídos sonaba a brutal– una técnica, la técnica del cuerpo humano, a quien desease sus servicios: al servicio de la vida y de la muerte, al servicio de la fecundidad y de la infecundidad, al servicio del bien y al servicio del vicio. Lo mismo dispuestos a procurar la fecundidad a un matrimonio o a alargar la vida de un paciente, que a proporcionar a la mujer liberada la definitiva liberación de los hijos, o una muerte pronta y dulce a quien estuviese decidido a imponer su voluntad sobre el curso de la naturaleza.

Si se hubiese tratado de un episodio aislado, probablemente la anécdota no permanecería en mi memoria; la hubiesen borrado con creces, ya entonces, las exóticas y gratas impresiones del viaje y, en todo caso, las múltiples solicitaciones de la vida. Pero después he podido comprobar que esa mentalidad se ha extendido de modo lla-

mativo, tan llamativo que la pregunta ha aflorado una y otra vez: ¿qué es un médico? Cuando parece advertirse una cierta enemiga contra el juramento hipocrático, y las simpatías hacia el de Maimónides parecen extenderse, ¿estamos ante una simple curiosidad histórica, o es que hay médicos cuya identidad profesional está cambiando? ¿Por qué esa efervescencia en torno a la deontología médica, observable en Europa y América del Norte?

No es una coincidencia que ante una alteración de la identidad profesional se produzca una alteración de la deontología de la profesión, porque la deontología no es un añadido a la profesión, menos todavía en aquellas profesiones que consisten en una técnica. La deontología es la *norma de la humanidad* de la profesión, la ley de su humanización, la expresión del espíritu humano regulando la técnica, dándole medida y sentido humanos. Por eso, cuando la técnica deja de ser informada por la norma deontológica, se produce inexorablemente la deshumanización tecnológica.

Es lógico que el hombre tecnológico esté en peligro de ser reducido a servidumbre por sus criaturas y se deshumanice; el positivismo –que domina nuestra era tecnológica– ha cegado al hombre, le ha dejado sin aquel concepto que da la clave de su actividad. Este concepto, que expresa el supremo sentido de todo el actuar humano, es el de *fin*. Una verdad elemental, una de las primeras que el hombre descubrió al reflexionar sobre sí mismo, es hoy una verdad olvidada en demasía como puede comprobarse fácilmente. La ya no escasa literatura sobre la conducta animal, por ejemplo, se complace en poner de manifiesto las similitudes y las diferencias, más o menos aparentes, entre el comportamiento de los animales y el del hombre; sin embargo, en ningún caso –al menos que yo sepa– se ha puesto de relieve la diferencia fundamental y radical, la que separa dos mundos irreductibles entre sí: el hombre actúa *con conocimiento del*

fin. En su plano más alto se trata de la conciencia del sentido de la vida, de la que carece totalmente el animal. No me refiero ahora a algo que *deba ser* (sin duda el fin también tiene ese importantísimo aspecto, que conforma la moralidad del obrar), sino a algo que *es*; se trata de un factor constitutivo del hombre, una ley natural impresa en su ser. ¿Quién sino el loco o el alocado hace algo sin tener un por qué o un para qué? Con razón, cuando se ha negado al hombre el obrar por un fin, se ha hablado del absurdo, pues, en efecto, la carencia del fin es el sin sentido, la vida orientada a la nada. El fin es lo que da sentido al obrar del hombre, lo que ilumina su actuar, lo que humaniza la acción.

Una ciencia práctica, un arte –como antes se decía– se caracteriza por su fin; su finalidad es el factor determinante. Y lo es en un doble sentido: porque determina el método y los medios (no es lo mismo estudiar el cuerpo humano para sanarlo, para reproducirlo artísticamente o para vestirlo), y porque la hace actividad propiamente humana. He aquí la clave de la cuestión; no es la sola técnica (aunque ésta también intervenga) lo que caracteriza la profesión o el arte, sino el fin, que es lo que determina el arte o la profesión. Al propio tiempo, es también el fin lo que da validez al método y a las técnicas utilizadas.

La respuesta fundamental sobre la profesión médica –¿en qué consiste la ciencia de la medicina, la *ars medica*?– nos la da su fin objetivo: qué busca, a qué se dirige. No es el método o la técnica que utiliza lo que, propiamente hablando, hace al médico, sino la finalidad objetiva que busca con esa técnica y ese método. Muy engañado estaría quien pensase que una medicina es una droga que se ingiere; si así fuese, sería medicina la dosis de LSD que se toma el aficionado a los sueños psicodélicos. Como no es medicina todo lo que se inyecta, pues, de ser así, medicina sería la inyección de morfina

que se pone un drogradicto. De igual modo, no es acto médico el de recetar un veneno, ni lo sería el del cirujano, al servicio de una banda de secuestradores, que cortase con depurada técnica un dedo al secuestrado para enviarlo a la familia de éste con fines intimidatorios, eso sí causándole el menor daño posible. Es acto médico el del cirujano que amputa un brazo para *sanar* al paciente, evitando su muerte; pero nadie llamaría acto médico a la misma acción realizada en un sano, con el único objeto de mutilarlo. Tres aspectos tiene el fin de la *ars medica*: aliviar el dolor, sanar (es decir, mantener y devolver la salud) y mantener la vida. Más brevemente, el acto médico se dirige a la salud y a la vida. Los actos que no se ordenen a la vida y a la salud no son actos médicos; o pertenecen a otra profesión o, si atacan la justicia o la moral, son actos innominados, actos sin nombre propio, que se incluyen en la genérica categoría de actos delictuosos, criminosos, inmorales. ¿Qué importa para el caso la técnica o el método con que se lleven a cabo? ¿Cambia acaso de naturaleza la alcahuetería porque use modernos ordenadores?

He aquí por qué entiendo que conviene distinguir entre médico y técnico del cuerpo humano, aunque ambos usen el mismo nombre. Quien pone su conocimiento del cuerpo humano al servicio de la muerte o del placer hedonista, quien ofrece sus servicios a la sola voluntad del "cliente" (¡tantas veces sus clientes son los gobiernos!) sin importarle el fin –lo mismo si pide fertilidad que si pide "liberación", igual al que desea proteger la vida que al que desea adelantar la hora de morir–, es sin duda un técnico del cuerpo humano, pero no es un médico. Es lógico que los técnicos del cuerpo humano pidan liberarse del juramento hipocrático, pero no deben extrañarse de que los pacientes deseemos liberarnos de su actuación sobre nosotros.

No, no eran médicos aquellos congresistas que oí

hablar en la ocasión que he mendionado al principio. Eran, simplemente, técnicos del cuerpo humano. Su aparición es inquietante, mas no deja de ser un alivio que no sean médicos.

EL ESTADO QUE SE CREYÓ GOLONDRINA

Publicado en "Palabra", n. 184, dic. 1980, pág. 28.

El acto II de "Luisa Fernanda" contiene un conocido fragmento en el que se habla de cierto tonto de un lugar que se creyó golondrina; un día se echó a volar desde una encina y así acabó su proeza: sobre un hito fue a caer y se rompió la cabeza. Aunque de forma menos aparatosa pero no menos real, así acaba siempre, para la persona y para la sociedad, el creerse golondrina, el olvido del derecho natural. La ley natural es la ley del hombre en cuanto ser racional y libre; es ley de su ser. Porque es ley de la libertad el hombre puede incumplirla y obrar contra ella, como el necio del lugar "un día se echó a volar, desde lo alto de una encina". Pero por ser ley del ser hombre, su incumplimiento llevó inexorablemente a la degradación de la persona, de las instituciones y de la sociedad; como el sujeto de la anécdota que se rompió la cabeza. El derecho natural señala lo que es justo, honesto y necesario según lo requiere la naturaleza del hombre; su incumplimiento, pues, es la injusticia y el desorden, la degradación social; en suma, la insensatez.

Cuando oigo hablar tanto del divorcio se me ocurre pensar si no estaremos queriendo vivir en un Estado "que se creyó golondrina". Pues, en efecto, entre el ir y el venir de algunas opiniones observo cómo se están cambiando ciertos términos fundamentales de la cuestión; se está discutiendo si el Estado *debe* –si es lícito– admitir o no el divorcio, cuando, en base al derecho natural, la razón suprema que zaja la cuestión es que el Estado *no puede* disolver el vínculo matrimonial; no lo puede el poder legislativo ni lo puede el poder judicial. No se

trata de una cuestión de licitud, sino de poder. Cuando un Parlamento con todo el peso de su autoridad dicta una ley de divorcio, o cuando el juez, con toda la solemnidad de su severa función, da sentencia de divorcio, juegan el triste papel del que se creyó golondrina: pretenden lo que no pueden –los divorciados siguen casados– y por tanto no hacen otra cosa que una comedia, introduciendo además una tremenda falsedad en la vida de los ciudadanos. Es como si el Estado pretendiese cambiar el sexo de una persona, con sólo cambiar la anotación correspondiente en el Registro Civil. La razón es muy simple, aunque no sea fácil de entender por todos: el vínculo conyugal no lo ha hecho el Estado, ni lo han unido los casados. Lo ha unido la misma naturaleza por el proceso que causan los que se casan mediante el consentimiento. Por lo tanto, sólo la naturaleza puede disolver lo que ella ha unido, esto es, sólo por la muerte puede haber tal disolución. Y como sea que detrás del derecho natural, detrás de la naturaleza, está Dios, quien ha unido el vínculo es Dios y sólo un poder directamente divino puede disolver el matrimonio. Lo demás es una gran farsa, o, si se toma en serio el divorcio, la postura de quien se creyó golondrina.

Fácilmente puede advertirse que el divorcio y la tolerancia no son conjugables; porque el Estado puede tolerar ciertas conductas inmorales de sus ciudadanos; pero no es propio de la tolerancia convertir al Estado y algo tan serio e importante como el poder judicial en protagonistas de una farsa.

A modo de ejemplo, el Estado podría tolerar –no castigar como delito– las uniones homosexuales; lo que no puede hacer es convertirlas en matrimonio mediante el expediente de declarar oficialmente mujer a uno de los varones y, además, hacer creer que realmente ha ocurrido tal transformación. No es cuestión de tolerancia sino de honradez y veracidad. La sentencia de divorcio

tiene tanto poder para disolver el matrimonio –para descasar a los casados– como un vaso de agua para curar el cáncer; luego, aquí no cabe hablar de tolerancia pues el Estado puede tolerar, pero no engañar. Ni tampoco hay cuestión de libertad religiosa, porque el derecho natural, como dijeron los juristas romanos –paganos de cuerpo entero, que de cristianos no tenían ni un pelo–, rige para todos los hombres y para todos los pueblos y la ley civil no puede alterar ni corromper el derecho natural.

Por eso, pienso que la respuesta sensata de un gobernante sensato a las presiones divorcistas, debería ser la que se contiene en las palabras que terminan el fragmento de la zarzuela antes citada: "No quisiera yo acabar/ ante una cuestión tan fina/ como el tonto del lugar/ que se creyó golondrina".

LA NUEVA LEY
SOBRE TRASPLANTE DE ÓRGANOS

Publicado en "Persona y Derecho", VII (1980), págs. 369-375.

Escribo este comentario apenas transcurridos unos días desde la publicación de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, en el *Boletín Oficial del Estado*. No quiero decir con esto que vaya a improvisar, pues el de los trasplantes es un tema que me ha interesado desde hace mucho y sobre él hace algún tiempo escribí un estudio no precisamente corto. Quiero decir, en cambio, que lógicamente faltará a estas líneas la mayor perspectiva que la experiencia de la aplicación de la ley siempre proporciona.

No es ésta una observación inútil, porque una de las cosas que fácilmente se advierte en su lectura, es que la ley deja bastantes cabos sin atar. ¿Generalidad buscada o servidumbre de la negociación parlamentaria?

Seguramemnte ambas cosas a la vez. En cualquier caso, todo parece indicar que, más que ofrecer una regulación detallada de los trasplantes, lo que ha querido hacerse es dar un nuevo giro al tratamiento legal de la cuestión. De una normativa muy cauta –desde 1950, fecha de la ley derogada, hasta hoy las técnicas de trasplante han evolucionado grandemente–, se ha querido pasar a una legislación que facilite al máximo esta terapéutica, sin descender a demasiados detalles.

Dando un juicio rápido y global de la nueva ley, puede decirse que la amplitud de cauces ofrecidos tiene la ventaja de facilitar a la Medicina muchas posibilidades de moverse en esta materia, sin peligro de que la ley sea obstáculo a legítimas actuaciones terapéuticas. A la vez

–al prestarse esa amplitud a fáciles abusos– pone de relieve que la ley no es separable de la ética profesional; o en otras palabras, que la legalidad no abarca todo el campo de la moralidad. Esta ley, en concreto, sólo dará buenos frutos si se usa en conexión y bajo la guía de los principios morales y deontológicos.

1. *El principio de gratuidad*. El art. 2 de la ley establece por dos veces el principio de total y absoluta gratuidad, no de la operación de trasplante, sino de la cesión del órgano a trasplantar, sea entre vivos o de muerto a vivo: "No se podrá percibir compensación por la donación de órganos (...). en ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado".

Se intenta con ello prevenir dos tipos de abusos. Por una parte, la incitación a ceder órganos que podría provenir, bien del afán de lucro, bien de la necesidad económica del donante (en caso de donante vivo) o de sus familiares (extracción de órganos de personas fallecidas). Por otra parte, se previene el abuso contrario: la exigencia de compensaciones exorbitantes y abusivas por parte del donante prevaliéndose de la necesidad del enfermo. Se trata, en suma, de evitar toda mercantilización, que en caso de existir entraría en el campo de la ilegalidad y de la inmoralidad.

Pero, aparte de estas plausibles razones, hemos de ver en esta disposición –me parece– el reconocimiento de un principio de justicia. En efecto, si se trata de trasplantes de muerto a vivo, hay que considerar el hecho fundamental de que el cadáver es una *res nullius*, nadie es su propietario y, por lo tanto, nadie puede en justicia pedir precio o compensación por el órgano que se le extraiga. Los familiares, que tienen con respecto al fallecido unos deberes morales de piedad, son ciertamente sus custodios o guardianes, pero no son sus propietarios.

En consecuencia no es justo que pidan precio o compensación por el órgano extraído.

Podría quizás pensarse que el donante vivo es dueño o propietario de su propio cuerpo (¿no se habla hoy tanto de ser dueño del propio cuerpo?) y, en tal caso, no sería injusto que cediese un órgano suyo mediante precio o compensación. Pero esto es inadmisible. Ya los romanos decían que el hombre no es propietario de sus miembros (*dominus membrorum suorum nemo videtur*), pues, en efecto, la relación entre los componentes del cuerpo humano y la persona no es una relación de propiedad. Los miembros del cuerpo humano son parte y componente del sujeto de derecho, no *objeto* del derecho. El llamado derecho del hombre sobre sus propios miembros, sobre su cuerpo, es algo distinto; es un aspecto de un derecho humano –bien ajeno a la propiedad– que es el derecho de la persona a ser respetada en su vida, en su integridad y en su salud. Nada, pues, que haga posible cualquier tipo de precio o compensación en sentido estricto. La donación de un órgano por parte de una persona sólo se legitima como acto de solidaridad, un acto por su naturaleza gratuito. De suyo eso no es óbice para que pueda admitirse una cierta y moderada compensación por el daño que el donante sufre o por el bien que reporta, siempre que no tenga el carácter de venta o intercambio; sin embargo, la ley comentada rechaza también este tipo de compensación. Y hay que alabar esta decisión del legislador, por los muchos abusos que podrían introducirse; de este modo se corta de raíz el mal posible.

El citado art. 2 contempla también el otro polo de la gratuidad: que la cesión no sea gravosa para la parte donante: "Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido". Claro que esta prescripción no deja de presentar proble-

mas. Que es una regla de estricta justicia es evidente; lo que presenta dificultades es saber quién debe arbitrar dichas medidas: ¿el receptor?, ¿el centro donde se realiza el trasplante?, ¿el Estado?, ¿quién es el que debe arbitrar esos medios? La redacción dista de ser clara, salvo en un punto: la parte donante puede exigir el pago o resarcimiento de los gastos –en caso de tener que hacerlos– a la persona o entidad con la cual concierte el trasplante, mientras no se establezca por el Estado otro sistema.

2. *El caso del donante vivo.* El art. 4 de la ley enumera los requisitos que deben reunir el donante vivo y su acto de donación. Por parte del donante se exige: a) mayoría de edad, esto es, 18 años cumplidos; b) que goce de plenas facultades mentales; c) que haya sido informado de las consecuencias de su donación respecto de él (somáticas, psíquicas, psicológicas, familiares, profesionales) y respecto del receptor (los beneficios que con el trasplante se espera que haya de conseguir). Se trata, en definitiva, de garantizar la madurez y la responsabilidad personales del donante, de modo que su acto de donación sea un acto consciente y reflexivo. En este sentido, el goce de las plenas facultades mentales no debe interpretarse en un sentido simplemente habitual, sino *actual*, o sea en el momento de prestar el consentimiento.

Cuatro requisitos señala la ley respecto del acto de donación, o sea del consentimiento del donante; debe ser: a) *expreso*, sin que sea suficiente ni el consentimiento presunto ni el implícito; no basta, pues, la voluntad genérica de ser donante de un determinado órgano, sino que el consentimiento ha de estar expresamente dado para el concreto trasplante de que se trate; b) *libre*, es decir, no obtenido bajo coacción, presión, amenazas, etc.; c) *consciente*, hecho con plena advertencia y deliberación, basadas en la correcta información de la que antes se habló; d) dado por escrito, en documento que debe fir-

mar, con el donante, también el médico que ha de extraer el órgano, que es el que debe proporcionarle la información de referencia. Añadamos que no es válido cualquier documento escrito, sino que el consentimiento debe constar en documento público, sin que se determine en la ley ante qué autoridad pública debe hacerse ("ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine").

Con estos requisitos es claro que automáticamente dejan de ser posibles donantes quienes padecen deficiencias psíquicas o enfermedades mentales que los hagan incapaces de un tal consentimiento. Así lo dice expresamente la ley, pero esto no impide que busquemos la razón última de que esto deba ser así. Quienes no son capaces de un acto libre y consciente son naturalmente incapaces de consentir, al menos en el grado proporcionado que la gravedad del asunto exige; por lo tanto son incapaces del acto de disposición sobre el propio cuerpo que supone consentir en la extracción del órgano propio para un trasplante. Esto supuesto, no cabe aquí sustitución por los padres o tutores; estos carecen del poder de disposición sobre el cuerpo del incapaz, pues, por tratarse de una persona, nadie tiene poder o dominio sobre su cuerpo. Plantear aquí sustituciones sería un abuso gravemente injusto, contrariaría un elemental derecho humano y la extracción supondría la comisión de uno de esos delitos llamados contra la humanidad.

Termina el art. 4 estableciendo que sólo podrán extraerse órganos de persona viva para su trasplante a persona *determinada*. No sería, pues, lícita la extracción para destinar el órgano extraído a un "banco" de órganos. Asimismo excluye la extracción con finalidad meramente experimental, y el trasplante que no tenga por objeto mejorar *sustancialmente* las esperanzas o las condiciones de vida; los trasplantes en fase de experimentación que sólo alarguen la vida por poco tiempo o no

mejoren de modo importante la salud o las condiciones de vida quedan reservados para los trasplantes de muerto a vivo. La última frase –"garantizándose el anonimato del receptor"– no deja de presentar problemas, sobre todo teniendo en cuenta que el receptor tiene que estar *determinado*. ¿Cómo determinar la persona receptora, si ésta queda en el anonimato? Se puede hacer ciertamente, mediante la descripción del caso –sin citar nombre– al posible donante, pero creo que no debe entenderse la garantía de anonimato de modo absoluto y universal. Hay casos en los que los trasplantes se pueden hacer de modo óptimo y más seguro entre personas afines –v. gr. hermanos– y no dejará de haber quien esté dispuesto a ceder un órgano a persona allegada y no a persona extraña; en tales casos me parece que iría contra la *ratio legis*, contra la intención de la ley, conservar un anonimato que podría impedir el trasplante.

3. *La extracción de órganos de fallecidos*. Tratándose de fallecidos la ley amplía el campo regulado. No se ciñe a las extracciones para trasplantes –que con todo sigue siendo la materia dominante–, sino que se refiere también a las extracciones con fines científicos. Las dos finalidades –terapéutica y científica– limitan la posibilidad de extracciones: ninguna otra legítima para mutilar el cadáver.

Quizás lo más novedoso sea la presunción general de donantes *post mortem* que se establece: mientras no conste la oposición en vida, todo fallecido se considera donante. Sin duda una norma de este tipo era deseada por muchos médicos, pero, por nuestra parte, no podemos menos que manifestar algunas reservas. De ningún modo esta reserva se refiere al hecho deseable de que toda persona sea donante *post mortem*; lejos de mi mente pensar que es humano y racional que se pudran en el cementerio unas córneas que podrían dar la vista a unos

ciegos. El desacuerdo no está en el resultado, sino en los medios utilizados.

Tal presunción hubiese podido establecerse cuando se hubiese conseguido crear una mentalidad general favorable a las extracciones. Pero –sin duda lamentablemente– no es éste todavía el caso. En realidad, tras la presunción establecida lo que hay es una *socialización* del cuerpo humano difunto, que no podemos aceptar. Porque de lo que se trata es de que el legislador se arroga unas facultades de disposición sobre los cadáveres que de ningún modo tiene. Tanto más cuanto que la excepción que establece –que conste la oposición del fallecido– es debilísima. ¿Cómo debe constar esa oposición? Si tenemos en cuenta que el tiempo a transcurrir entre el fallecimiento y la extracción es generalmente muy pequeño, la constancia de la oposición sólo podrá darse, en muchos casos, o por llevar consigo un documento escrito o por expresión verbal que en no pocos casos el moribundo no está en condiciones de hacer. En la práctica la presunción apenas admitirá prueba en contrario.

Sin duda el resultado –que la generalidad de los fallecidos sean donantes– es el deseable, pero en la vida social los medios son importantísimos porque está en juego la dignidad humana. Ni los vivos ni los muertos son propiedad del Estado, ni la ley puede disponer de los cuerpos humanos, vivos o muertos, a su voluntad. El camino a seguir era otro; probablemente más costoso, pero acorde con los derechos del hombre: concienciar a los ciudadanos. En otras palabras, estaríamos de acuerdo con tal presunción cuando fuese realmente una presunción, no una socialización encubierta. Es de esperar que una concienciación de la sociedad haga real lo que hoy es ficticio.

En los trasplantes de muerto a vivo –es bien sabido– el tema más importante es el de la determinación del momento de la muerte. Los abusos en este punto –que

llegan a verdaderos homicidios terapéuticos– son bien conocidos por la clase médica. La ley no entra en establecer los requisitos para declarar muerto a un donante –limitándose a hablar de previa comprobación de la muerte– lo cual queda para posteriores reglamentaciones y sobre todo confiado a la ética y la ciencia de los médicos. Con todo, debemos señalar una clara ambigüedad de la ley, cuando alude a la comprobación de la muerte a base de "la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida". No son lo mismo las lesiones cerebrales incompatibles con la vida, en el sentido de que, si se dan, es seguro que el sujeto ya no está vivo, que las lesiones incompatibles con *seguir viviendo,* lo que supone que el sujeto todavía está vivo, aunque en proceso de muerte (sujeto *clínicamente* muerto). Es evidente que la ley no puede interpretarse en este segundo sentido.

4. *De las lagunas de la ley.* Ya decíamos al principio que esta ley sólo trata de abrir nuevos cauces, por lo que no cabía esperar de ella que descendiese a reglamentaciones detalladas. Sin embargo, hay algunos puntos –además del referente al momento de la muerte que, por tocar un derecho constitucional (el derecho a la vida), debió regular sin dejarlo a reglamentaciones de menor rango– que debió tratar por ser importantes. Por ejemplo, entre los requisitos para que el donante vivo pueda dar su consentimiento al trasplante falta uno, sin el cual la donación de órganos es moralmente ilícita: que el daño causado por la extracción no impida al donante llevar una vida prácticamente normal, aunque precise de algunas cautelas.

Asimismo, aunque parece darse por supuesto, debió aclararse que el trasplante ha de ser de órganos dobles: v. gr. cesión de un riñón. Ni se hace la salvedad de que no puede referirse a los órganos genitales con el fin de repa-

rar la esterilidad del posible receptor, pues los hijos habidos por el receptor no serían genéticamente suyos sino del donante, etc.

Podríamos decir que los cabos que deja sin atar son demasiados.

Y es que esta ley es excesivamente general e inconcreta. Es un fruto del *consenso* y ya dicen los americanos que un camello es un caballo hecho por una comisión.

LA LEY DE DIVORCIO ES UNA LEY INJUSTA

Publicado en "Mundo Cristiano", n. 225, oct. 1981, págs. 19-20.

"La ley de divorcio –nos dice don Javier Hervada–, tiene una serie de graves fallos que han sido puestos de relieve por voces autorizadas y me parece que no es el momento de repetir lo que ya es bien sabido. Lo único que quiero decir es que para mí, tiene un defecto fundamental, que consiste en ser eso: una ley de divorcio. El divorcio es un atentado a la ley natural, que es tanto como decir contra la ley de Dios, y un grave error político que traerá consecuencias dañosas para la familia".

Don Javier Hervada es Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, catedrático de Derecho Canónico y director de la revista "Persona y Derecho". Es autor del libro "Diálogos sobre el amor y el matrimonio", y, precisamente, sobre el tema del divorcio vamos a dialogar.

– *Muchos son los que opinan que el matrimonio está en crisis y de ello se habla constantemente. ¿Cuál es su opinión sobre esto?*

– Se habla tanto de crisis matrimonial, porque, efectivamente, hay un proceso de debilitación del matrimonio. ¿Causas?, son múltiples, pero su raíz es la creciente pérdida de valores humanos. Formar un hogar, amarse dos personas de por vida en la fortuna y en el infortunio, en los momentos buenos y en los duros, exige una dosis de valores humanos y, sobre todo, una postura ante la vida que no está de acuerdo con la civilización del placer que nos está invadiendo.

Cuando se pierde el sentido humano y fecundo del sexo y se le sustituye por el sentido del placer; cuando se mira al otro no con un ideal de entrega, sino como al compañero agradable; cuando se desdibuja el sentido del deber que es propio del matrimonio y sólo se ve en él una expansión, es lógico que el matrimonio se quiebre, porque entraña sacrificios, olvidarse de sí mismo, darse a los demás. ¿Remedios?, no hay más que uno: volver a ser hombres como decía Tagore, volver a los valores humanos. Y profundizando más, en suprema instancia, volver a la concepción cristiana de la vida: único camino de salvación del hombre.

– *Se dice que hay matrimonios rotos que demandan una solución. Se dice: ¡Cómo convivir con una persona a la que no se quiere!, ¡Cómo vivir con alguien que te hace la vida imposible!*

– ¿Que hay matrimonios rotos? Ciertamentre los hay y, en esos casos, desde luego, no es claro que convenga mantener una convivencia si a todas luces es inmantenible, tanto por el bien de los hijos, si los hay, como por el propio bien de los cónyuges. Pero también aquí dan un paso en falso los que dicen que la solución es el divorcio. Porque la ruptura de la convivencia y su liquidación no se llama divorcio, sino separación legal, que incluso puede ser perpetua. Con la separación se acaban –hasta donde se pueden acabar– los efectos nocivos de la convivencia matrimonial destrozada, tanto para los cónyuges como para los hijos. A este respecto, parece que no hay ninguna diferencia entre divorcio y separación perpetua.

Entonces, ¿qué es lo que distingue a uno de la otra? Sencillamente que el divorcio permite un nuevo matrimonio. Por tanto, es preciso tener muy claro que el único argumento en favor del divorcio es el de poder volver a casar. Lo demás son cortinas ded humo. Éste y sólo éste

es el verdadero punto neurálgico. Y este segundo matrimonio es lo que está impedido por la naturaleza misma del matrimonio, esto es, por la ley natural, que es ley de Dios.

A modo de ejemplo, diré que cada enfermedad tiene su remedio propio y no hay cosa más contraria a la lucidez mental que extrapolar los remedios: la solución a una pulmonía no es extirpar el pulmón.

Cuando un matrimonio pasa por una crisis grave y aguda, de difícil solución, que transforma la convivencia en una situación extremadamente dolorosa, nadie ni nada obliga al matrimonio a que siga conviviendo. La solución está en la *separación legal* de los cónyuges. Los problemas de convivencia imposible los puede solucionar la separación, cuando esta separación está bien regulada por la ley. El divorcio o pretendida ruptura del vínculo no es la solución propia de los problemas de convivencia, sino, como dije antes, la vía abierta para otra convivencia, lo cual es muy distinto. Este es uno de los argumentos que emplean los que son favorables al divorcio, pero no dice nada en favor del divorcio, porque presupone que sin divorcio los cónyuges mal avenidos están obligados a convivir, lo cual es del todo punto falso.

– Uno de los argumentos con que se ha apoyado la legalización del divorcio se ha centrado en que era ya un hecho sociológicamente aceptado.

– Es frecuente que se dé por supuesto que son aceptables cosas que son muy poco aceptables. Si de dice que el divorcio es un hecho sociológicamente aceptado y que por ello había que admitir el divorcio, se da por supuesto que el divorcio es, en sí, una buena solución. Porque a nadie se le ocurre argumentar que, dado que el terrorismo está tan extendido y los terroristas cuentan

con el apoyo de una parte de la población, que hay que legalizar el terrorismo.

Con este modo de argumentar se está encubriendo el punto central de la cuestión: el divorcio no es solución, porque es inmoral e injusto, contrario a la ley natural, y vuelvo a repetir, es contrario a la ley de Dios. Dado que el divorcio es inmoral, el argumento se cae por su base, pues, según él, toda conducta injusta e inmoral –pienso ahora en el racismo, por ejemplo–, debería ser legalizada por el solo hecho de estar muy extendida y contar con la anuencia de grupos de ciudadanos suficientememnte numerosos. Y me parece que ninguna persona razonable puede admitir tal cosa.

– *A veces, al hablar con personas sobre el tema del divorcio, uno se puede encontrar con un amigo que dice: El divorcio no es un problema mío, porque yo soy católico, pero hay que tener en cuenta que no todo el mundo es católico y no se les puede imponer el que no puedan divorciarse y rehacer, de este modo, su vida,. ¿Qué se les puede decir a estas personas?*

– Pues que está claro que no todo el mundo es católico, ni todo el mundo es de derechas, ni todo el mundo es de izquierdas; nada hay de lo cual sea todo el mundo. Pero este argumento es una muestra más de la incoherencia de los divorcistas. Y esto, por dos razones bien sencillas.

En primer lugar, si hubiese que esperar a poner a todo el mundo de acuerdo, ninguna ley se habría aprobado nunca. Entre ellas, no debería haberse aprobado la ley de divorcio, ya que son muchos los antidivorcistas. El gobernante debe dictar aquellas leyes que, en conciencia, crea que favorezcan el bien común, teniendo en cuenta el interés general de la sociedad. Lo que importa no es preguntarse si todo el mundo es de derechas o de izquierdas, católico o mahometano, sino lo que conviene

al interés general de la sociedad.

En segundo lugar, la indisolubilidad del matrimonio no es algo exclusivo de la fe católica que se pretenda imponer a todo el mundo, sino una regla de derecho natural, una propiedad de todo matrimonio, que rige para todo el mudo, independientemente de la religión. No es fundamentalmente una cuestión religiosa, sino política, es decir, que afecta al bien común. No se trata, pues, de una creencia religiosa que se pretende imponer a los no católicos. El divorcio es, sencillamente, un atentado al bien natural de la familia y de la sociedad.

Lo que quiero decir con todo esto es que no se trata de mirar si son o no son católicos todos los ciudadanos, sino lo que conviene a la sociedad y a la familia.

Por otro lado, si para ellos era tan importante no imponer a los no católicos la indisolubilidad, que defienden, entre otros, los católicos, ¿por qué no han defendido la posibilidad de que el matrimonio de los católicos sea indisoluble y lo han excluido de la ley de divorcio?

– *Sin embargo, parece que la confusión ha llegado hasta ciertos ambientes, incluso católicos, que han pensado que la ley de divorcio era oportuna.*

– Si el divorcio fuese una cuestión de oportunidad, no habría ningún problema, porque todo se reduciría a un juego de libres opiniones. Pero no es una cuestión de oportunidad, sino de moralidad. Una ley inmoral e injusta, ¿es acaso oportuna alguna vez, no ya para un católico, sino para un hombre honrado y cabal? ¿Puede un gobernante, por razones de oportunidad, quebrantar la justicia, ir contra el derecho natural o dictar leyes inmorales? Pues una ley de divorcio es una ley injusta.

J. F. García Caridad

APUNTES PARA UNA EXPOSICIÓN DEL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

Publicado en "Persona y Derecho", 18 (1988), págs. 281-300.

El realismo jurídico clásico es algo bien distinto de los modernos realismos: el escandinavo, el americano, el marxista. Recibe el nombre de realismo, porque ve el derecho en la *res iusta* o cosa justa. Aristóteles, los juristas romanos, Tomás de Aquino y en general los juristas hasta el momento en el que el derecho subjetivo adquirió la primacía, forman la serie de seguidores del realismo jurídico clásico, que no han dejado de existir entre los juristas y los filósofos del derecho hasta hoy; de nuestros días, el autor más conocido es Michel Villey[1].

El rasgo típico del realismo jurídico clásico consiste en ser una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista, entendido éste según se deduce de la clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del *Digesto*: dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo. La función del jurista se ve en relación con la justicia: determinar el derecho de cada uno, lo suyo de cada uno. Ese derecho, esa cosa suya

---

1. Sobre el realismo jurídico clásico, vide, J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, Ed. Story-Scientia, Bruxelles, 1987; M. VILLEY, *Précis de Philosophie du Droit*, 2 vols., Dalloz, Paris 1977-78 (hay edición castellana, *Compendio de Filosofía del Derecho*, 2 vols., EUNSA, Pamplona 1979-81); J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, 4ª. ed., EUNSA, Pamplona 1986; ID., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992; J. HERVADA~J. A. MUÑOZ, *Derecho. Guía de los estudios universitarios*, EUNSA, Pamplona, 1984.

es el *iustum*, lo justo, de donde resulta que el arte del derecho es el arte de lo justo.

Hacer, en rápidos y apretados apuntes, una exposición de esta teoría es el objeto de estas páginas.

1.

Toda construcción científica se especifica por su perspectiva formal. Desde esa perspectiva se elaboran los conceptos y se formulan las teorías. En consecuencia, toda reflexión sobre qué sea el objeto del arte del jurista y sobre qué sea el derecho debe partir de la perspectiva formal del jurista. Así la noción de derecho debe obtenerse desde dicha perspectiva.

Si toda construcción científica nos da a conocer la realidad estudiada desde una perspectiva formal y desde ella los conceptos aparecen elaborados, ¿los conceptos y las teorías aparecen entonces teñidos de relatividad? Sí, sólo la metafísica alcanza el concepto absoluto.

2.

La palabra *ius* o derecho es una palabra de jurista. Nace de los juristas e indica unas realidades *desde la perspectiva del jurista*. Desde otras perspectivas esas realidades reciben otros nombres: la norma, por ejemplo, desde la perspectiva de su autor y, en general, desde la perspectiva de la comunidad recibe el nombre de ley o costumbre (*lex, mos* o *consuetudo*): regla de conducta; es *ius* o derecho desde la perspectiva del jurista. He aquí una de esas verdades elementales prácticamente olvidadas. *Ius* es un término técnico, nacido en el contexto de los juristas romanos para designar el objeto de su arte, aquello que *decían*, aquello sobre lo que pronunciaban su sentencia u oráculo.

Ius sirve para designar el objeto del arte del derecho: es lo que determina y dice el jurista. De *ius* derivan *iustum* y *iustitia*. Justicia es la virtud del *ius* y *iustum* es el mismo *ius* en cuanto es obrado por la justicia; en este sentido –no en cuanto apelativo del hombre que obra con justicia– *iustum* es palabra del género neutro como *ius*, pues son sinónimos: lo justo.

Decir o determinar el *ius* es decir o determinar el *iustum*, lo justo. En esto consiste, pues, el arte del jurista: decir o determinar lo justo. Hay, pues, que volver sobre otra pregunta elemental: ¿qué es lo justo? Pregunta que equivale exactamente a preguntarse qué es el *ius* o derecho.

En este *iter* mental nos tropezamos con la justicia. Porque el *iustum* –o sea el *ius* o derecho– es el objeto de la justicia, una virtud o hábito de la voluntad (*constans et perpetua voluntas* según la definición del romano). Por lo tanto, lo primero ahora es recordar qué es la justicia.

Interesa la justicia, porque su objeto coincide con el objeto del arte del jurista. Pero es preciso advertir desde el principio que la justicia no es la virtud específica del jurista. Su virtud específica es la prudencia –la *iuris prudentia*–, porque lo propio del jurista es un *saber* –práctico–, operación de la mente, no es un operar obra de la voluntad, que es el sujeto de la justicia. Con todo la coincidencia de objetos indica una relación íntima entre la justicia y el arte del derecho.

Esta relación es clara: el arte del derecho dice o determina lo justo, lleva a saber ser justo, mientras la justicia lleva a querer serlo. Para que un hombre sea virtuoso es preciso que quiera serlo y que sepa serlo; han de coincidir el saber y el querer. En lo que atañe a lo justo, la justicia representa el querer, el arte del derecho proporciona el saber. Por eso, dicho arte puede calificarse de ciencia de lo justo o ciencia de la justicia. Porque una cosa es clara: el arte del derecho es una ciencia, un saber

práctico. Es, pues, una forma de prudencia. El jurista no es el hombre justo, sino el que guía al hombre justo.

3.

La justicia –nueva verdad elemental– es la virtud de dar a cada uno lo suyo. Esta fórmula de la justicia tuvo dos redacciones romanas: "ius suum cuique tribuendi" y "suum cuique tribuere". Las dos están en el *Digesto*. La diferencia entre ambas estriba en que la primera habla de dar a cada uno *su derecho* (*ius suum*) y la segunda, que ha prevalecido, dice dar a cada uno *lo suyo* (*suum*). ¿Y qué diferencia sustancial hay entre una y otra? Ninguna, salvo la literal. *Ius suum* y *suum* son sinónimos, porque el derecho de cada uno –en el pensamiento de los autores de la fórmula, que tiene su antecedente en Aristóteles y sigue Tomás de Aquino– es la cosa de cada uno, lo suyo. ¿Luego el derecho no es la ley ni el derecho subjetivo? En efecto, el *ius* o derecho es la cosa de cada uno. Se trata del *realismo* (de *res*, cosa) *jurídico clásico*.

Tenemos, pues tres sinónimos: *ius* (derecho), lo suyo y lo justo. Tres sinónimos para designar el objeto de la justicia y, correlativamente, el objeto del arte del jurista.

Relacionando el arte del jurista con la virtud de la justicia, se llega a la conclusión de que el arte jurídico, la ciencia jurídica, consiste en determinar y decir lo que es suyo de cada uno, lo que –de una y otra forma– pertenece a cada uno. Lo suyo de cada uno, lo justo, es su derecho o *ius*.

Esta cosa de cada uno es *lo suyo* desde la perspectiva del titular del derecho; es *lo justo* en la perspectiva del hombre justo –del que tiene que dar la cosa a su titular– e indica que lo que debe dar es ni más ni menos que lo

debido; y es *ius* desde la perspectiva del jurista, porque es el objeto de su arte y ciencia.

4.

Lo suyo, lo que pertenece a cada uno. Puesto que la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, no será posible ejercer esta virtud allí donde no haya cosas de cada uno; o allí donde, habiéndolas, nunca están bajo el poder de otro. Dos son, pues, los supuestos de la justicia y el derecho. En primer lugar, el reparto de las cosas, las cosas están repartidas; en segundo lugar, las cosas están o pueden estar bajo el poder de otro. Ambas cosas son obvias; estamos siempre ante verdades elementales y simples.

Allí donde no hay lo mío, lo tuyo, lo suyo, la justicia no tiene lugar. Si se trata de dar lo suyo a cada uno, tiene que existir lo suyo (lo mío, lo tuyo); las cosas han de estar repartidas, distribuidas, asignadas a distintos sujetos. Y si se trata de dar las cosas a aquel a quien pertenecen, es evidente que la cosa está bajo el poder de otro, el cual, por ser justo, da –devuelve, restituye, etc.– la cosa a aquel a quien pertenece. Para que opere la justicia, las cosas han de estar o han de poder estar bajo la esfera de poder de otro, esto es, de un sujeto distinto de aquel de quien es la cosa.

5.

Lo suyo, lo justo, el derecho o *ius* es una cosa. Es la cosa que, perteneciendo –estando atribuida o asignada– a un sujeto, le debe ser dada. Esa cosa puede ser corpórea o incorpórea. Puede ser un fundo, una cantidad de dinero, un semoviente, etc.; pero puede ser también una función, un cargo, una potestad, etc. La palabra cosa tiene, pues, un sentido muy genérico, cualquier cosa corpórea o

incorpórea que esté atribuida o asignada a un sujeto, capaz de ser interferida por otros.

6.

Si queremos analizar la fórmula de la justicia, tres son sus partes a analizar: primera, *dar;* segunda, *a cada uno;* tercera, *lo suyo.*

Dar tiene un sentido genérico y significa toda aquella acción u omisión en cuya virtud aquello que está atribuido o asignado a uno permanece en su esfera de poder o pasa a estarlo. Significa, pues, entregar, devolver, restituir, respetar, obedecer, etc. Lo que dar no quiere decir en ningún caso es *deber dar;* no se puede cambiar la fórmula de la justicia por la de virtud que *debe dar* a cada uno lo suyo. La virtud de la justicia es un hábito de la voluntad, a la que perfecciona en su actuar: se refiere, pues, a actos, no a deberes, que son juicios deónticos, juicios de razón. Sin duda el hombre debe dar a cada uno lo suyo, pero la justicia no consiste en ese deber, sino en cumplirlo. Por lo tanto, la justicia consiste en el hábito de la voluntad que actúa dando, entregando, devolviendo, obedeciendo, respetando, etc. La justicia consiste en dar, no en deber dar.

A cada uno. Se dice "a cada uno" para poner de manifiesto que la justicia no se refiere en general a grupos, clases o estamentos. No promueve o promociona grupos en general, dejando algunos marginados o sacrificando a unos por el bien general de los demás. La justicia da lo suyo a cada uno, a cada persona singular, a cada institución. No se refiere, por ejemplo, al bien de la institución matrimonial o de los matrimonios en general; juzga de cada matrimonio en litigio, y da a cada uno lo que le corresponde (a quien validez, declaración de validez; a quien nulidad, declaración de nulidad; a quien separación, separación).

Lo suyo es expresión genérica que abarca muchos modos de predicar de algo que es suyo, que está atribuido a un sujeto. Abarca todas las clases posibles de derechos (propiedad, arrendamiento, jurisdicción, competencia, función, etc.). ¿Qué significa, pues, *suyo*? Quiere decir una atribución exclusiva, que algo está asignado a un sujeto con exclusión de los demás y sobre lo cual ejerce la condición de dominadora –dominio de sí y de su entorno– que es propia de la persona humana. La expresión *lo suyo* es pluriforme, como pluriforme es el dominio propio de la persona.

¿Y por qué se dice lo suyo y no lo mío o lo tuyo? ¿Por mera cuestión semántica? No, no es sólo cuestión semántica. Se dice lo suyo, porque la fórmula está trazada desde la perspectiva propia de la justicia, es decir, del hombre justo. Es virtud del hombre justo y el justo no es el acreedor –aquel a quien está atribuida la cosa–, sino el deudor, aquel en cuyo poder está la cosa ajena, es decir, quien tiene que darla. Esta es la perspectiva del jurista, cuyo oficio consiste en determinar la conducta justa, la del justo.

7.

Si *lo suyo* es pluriforme, ¿cuál es su esencia? ¿Qué es lo que unifica en una misma categoría tantas formas de lo suyo?

Lo esencial es la atribución con la fuerza de deuda en sentido propio y estricto, que es la misma en todos los casos. El deber de pagar, por ejemplo, tiene igual fuerza en un arrendamiento que en una compraventa. En todas las diversas formas de *lo suyo,* la fuerza de la deuda es igual en lo que atañe a la obligación de dar, es decir, en lo que se refiere a la operatividad de la relación de justicia, que en lo que interesa para el arte del derecho.

8.

¿Por qué a lo suyo le llamamos lo justo? Porque se da lo suyo según justicia. Y la justicia da al titular del derecho exactamente lo suyo, ni más ni menos. Da lo exacto, lo cabal; por eso, justo es sinónimo –en castellano– de cabal y exacto.

Esto pone de manifiesto las riquezas y las limitaciones de la justicia. Las riquezas, porque la justicia es el fundamento de la vida social; lo primero es respetar a cada uno su derecho y este respeto trae consigo la paz. La injusticia es fuente de conflictos. A la vez, pone de relieve las limitaciones de la justicia. Una sociedad *sólo* justa, es una sociedad repulsiva. El hombre necesita mucho más, necesita el amor.

9.

Lo suyo, lo justo es *ius*. ¿Cuál es la esencia de lo jurídico?

Recordemos una verdad elemental: la fórmula de la justicia está elaborada desde la perspectiva del que convencionalmente llamamos deudor, desde la perspectiva del hombre justo, que es quien tiene que dar al titular –convencionalmente, el acreedor– lo suyo. ¿Cómo aparece lo suyo, lo del titular, ante los ojos del deudor, del hombre potencialmente justo? Aparece como lo *debido*. Lo suyo del acreedor, que está en poder del deudor, es justamente la deuda del deudor, lo debido al titular por quien se encuentra en la posición de ser hombre justo. *Lo suyo* es *ius*, porque es *debido*, deuda en sentido propio y estricto.

10.

La cosa, al estar en poder de otro, es debida a su titular. También ante éste la cosa aparece como debida a

él. Debida, la índole de deuda, es la característica primaria del *ius* –lo que hace que la cosa sea *ius*– desde la perspectiva de la justicia y por ende desde la perspectiva del jurista. Recordemos que toda construcción científica se especifica por su perspectiva formal, desde la cual elabora los conceptos y formula teorías.

La relación jurídica –la relación de justicia– es primariamente una relación de deuda y el derecho o *ius* se constituye como tal –la cosa es *ius* o derecho– por su índole de debida. Luego si es debida, al tratarse de deuda en sentido propio y estricto, resulta ser exigible por el titular; el derecho o *ius* es exigible, lo que implica la facultad de exigir: es el llamado derecho subjetivo. La titularidad de un derecho o *ius*, si primariamente consiste en la posición de serle debida la cosa, consecuencialmente comporta el derecho subjetivo o facultad de exigir.

¿Luego existe el derecho subjetivo? Naturalmente que existe, pero no es el derecho en sentido primario; es una consecuencia del *ius*, que recibe el nombre de derecho por analogía de atribución.

La primacía de la índole de debido propio del *ius* tiene una importante consecuencia. La justicia –el hombre justo– no espera ni debe esperar a que el titular exija su derecho; no se ha de aguardar a que el titular exija el respeto, la restitución, la entrega, etc. La justicia no espera a la exigencia, da las cosas cuando debe darlas, sin aguardar a que el titular del derecho tenga que ejercer su facultad de exigirlas (ejercer su derecho subjetivo).

11.

Con toda razón se dice que el acto de justicia es un *acto segundo*. O lo que es lo mismo, la justicia sigue al derecho. En efecto, el derecho preexiste a la justicia. Si la justicia consiste en dar a cada uno su derecho –lo suyo, lo justo–, para que haya un acto de justicia debe haber un

derecho constituido. El acto de justicia es un acto segundo, porque presupone el acto de constitución del derecho, que, en relación a la justicia, tiene la consideración de acto primero.

El acto constitutivo de un derecho –hacer que algo sea suyo de alguien–, la atribución de las cosas o su reparto, no es un acto de justicia sino de dominio, corresponde al ejercicio de un poder o facultad. Por ejemplo, una donación es ejercicio del derecho de propiedad, como lo son el préstamo o el arrendamiento. El nombramiento para un cargo, la distribución de competencias y cosas similares son ejercicio de un poder.

12.

Una idea conviene recalcar. La justicia no consiste en dar a uno una cosa para que sea suya; no consiste en hacer que una cosa sea suya de alguien. Consiste en dar a cada uno lo suyo. Por lo tanto, el derecho –el *ius*– preexiste a la justicia. Sin *ius* o derecho preexistente, no es posible la acción de la justicia.

Es algo obvio y, sin embargo, con frecuencia se olvida. Se echa en olvido cuantas veces se otorga a la justicia la función de constituir derechos.

13.

Parece que hay casos en los cuales la justicia no es acto segundo, sino primero, porque interviene en la constitución de derechos: hay atribuciones justas y hay atribuciones injustas; hay repartos justos y hay repartos injustos. Es cierto que las atribuciones y los repartos pueden ser justos o injustos, pero el acto de justicia sigue siendo un acto segundo y el derecho sigue precediendo a la justicia: por definición no puede ser de otra manera.

Lo que ocurre es que hay atribuciones y repartos *segundos*, esto es, que siguen y son consecuencia de atribuciones y repartos primeros, generadores de derecho. Esas atribuciones y repartos segundos son actos de dominio, pero a la vez son actos de justicia, porque siguen a un derecho. Por ejemplo, una donación precedida de una promesa jurídicamente vinculante. El acto de donar es un acto de justicia, porque es cumplimiento de la promesa; es al mismo tiempo un acto de dominio (transmisión de la cosa) y un acto justo. En todo caso, lo que transmite la propiedad no es la condición justa del acto, sino el acto de dominio.

14.

¿No es *lo justo* algo muy indeterminado? Cuando de la justicia se tiene una idea confusa y errada, cuando se la confunde con ideales y aspiraciones, la justicia y lo justo se vuelven delicuescentes. Pero en la teoría jurídica de la justicia y lo justo, uno y otro son cosas concretas y muy determinadas. Dar a cada uno lo suyo no puede ser más concreto: en la compraventa es pagar tal cantidad de dinero –bien concreta y determinada– a cambio de tal cosa, concreta y determinada. Y así en los demás casos.

Lo justo es lo suyo, lo de alguien, y, por lo tanto, es perfectamente determinable. ¿Cómo se determina, cómo se puede hallar lo justo, lo de cada uno? Por el *título* y la *medida*.

El título es aquello en cuya virtud una cosa está atribuida a un sujeto determinado y, por lo tanto, es suya. Por el título, aquel a quien está atribuida la cosa recibe el nombre de titular.

Pueden ser título de un derecho: la ley, el contrato, los hechos jurídicos y la naturaleza humana.

¿Qué es la medida? Es la caracterización y delimitación intrínseca y extrínseca del derecho: la delimitación

de la cosa: su cantidad, cualidad, naturaleza, etc.; el modo como la cosa es del titular: propietario, arrendatario, usuario, administrador, delegado, etc.; las facultades jurídicas que competen al titular; los presupuestos y requisitos de uso del derecho, etc.

15.

La relación jurídica es la relación de justicia. En este tipo de relación dos o más sujetos están en una posición distinta y complementaria respecto de un derecho. Uno o unos están como titulares del derecho, como acreedores –es decir, como potenciales receptores de la cosa– y otro u otros están como deudores, como aquellos que han de dar lo suyo al titular. Ambos sujetos están unidos por una relación obligatoria o vinculante, o sea por un vínculo de naturaleza jurídica.

De acuerdo con esto, la relación jurídica comprende: a) los sujetos, en posición distinta y complementaria; b) el vínculo jurídico; c) las diversas situaciones jurídicas: facultades, deberes, poderes, etc., las cuales forman el contenido de la relación jurídica.

El fundamento de la relación jurídica es la cosa justa o derecho, en función de la cual existe la relación jurídica.

16.

La relación jurídica tiene las siguientes notas: la obligatoriedad –que es una forma de imperatividad–, la alteridad y la exterioridad.

La obligatoriedad aparece por la índole de cosa debida, de deuda, que tiene el derecho o cosa justa. Se trata de una deuda en sentido propio y estricto –de una *obligatio*–, por la cual el sujeto deudor tiene el deber de

cumplir con lo debido. No es una relación de buena voluntad, sino una *obligatio*, un *debitum*.

Puesto que la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, su derecho, la relación jurídica tiene la nota de alteridad. Siempre comprende dos sujetos en distinta y complementaria posición, de los cuales uno tiene una obligación o deuda respecto del otro. La deuda existe entre dos sujetos, de modo que el sujeto de la deuda es deudor respecto del titular del derecho. Se debe *al* titular del derecho.

La relación de alteridad requiere que los sujetos sean enteramente otros. Si la alteridad no es perfecta, no puede haber propiamente una relación de justicia, pues en la medida en que los sujetos no son enteramente otros, no hay plena y perfecta distinción entre lo suyo de cada uno. Al borrarse las fronteras de lo suyo, no puede darse a cada uno lo suyo. Así en una comunidad que viva comunidad de vida en la que todo es de todos, aunque el uso de las cosas esté repartido, no puede haber entre sus componentes una propia relación de justicia: el respeto por el reparto establecido no es cuestión de justicia conmutativa, sino de fidelidad a los estatutos o reglas de la comunidad.

Por último, la relación jurídica tiene la nota de exterioridad. Lo cual quiere decir que la relación jurídica se establece en el ámbito de comunicación y relación de los sujetos, donde las cosas –corpóreas o incorpóreas– son interferibles. Debe tratarse de cosas que en sí o en sus manifestaciones salgan de la esfera del sujeto.

Sólo si la cosa propia de alguien puede ser objeto de actividad por parte de los demás, podrá ser objeto de la justicia, pues el acto de la justicia se basa en que la titularidad, la posesión o el uso y disfrute de una cosa pueden ser interferidos o estar en poder de persona distinta de aquel a quien corresponde. La justicia sólo puede obrar en el seno de las relaciones humanas y en

consecuencia su objeto –lo suyo, su derecho– ha de tener la nota de exterioridad.

Cosa exterior no quiere decir cosa directamente captable por los sentidos. Derecho pueden ser cosas incorporales. Pero es necesario que, al menos en sus manifestaciones, sean interferibles.

17.

Si la perspectiva del jurista, si la perspectiva de su arte es el derecho en sentido realista, esto es, lo justo o lo suyo de cada uno, el concepto más básico y elemental de la ciencia jurídica es el de relación jurídica o relación de justicia. Su objeto primario de contemplación son las relaciones jurídicas. Esto es lo que de modo primario y fundamental estudia el jurista.

¿Qué realidad social constituye el objeto del arte del derecho? Es obvio que es la relación jurídica, en cuyo contexto se determina y se dice el derecho. Por lo tanto, si el conjunto de realidades que el jurista estudia es el ordenamiento jurídico, el concepto que lo engloba, el de ordenamiento, no expresa primariamente un conjunto de normas, sino un conjunto de relaciones jurídicas. No se olvide que cada ciencia conceptualiza desde su perspectiva formal.

18.

No se puede hacer una teoría del derecho sin referirse a la ley, pues la ley tiene una importancia de primer orden para dicha teoría. Por eso, recordar las verdades fundamentales de la teoría del derecho y del oficio de jurista nos lleva a recordar algunas de esas verdades sobre la ley.

Y la primera de todas ellas es que la ley es derecho, fenómeno jurídico, pero no es *el derecho*. El derecho es lo

justo, la cosa justa, lo suyo de cada uno. La ley es derecho por su estrecha relación con el derecho. Y en virtud de esa relación, la ley es llamada derecho por analogía de atribución.

19.

La ley no es el derecho, pero es derecho, forma parte del conjunto de elementos que integran el fenómeno jurídico. ¿Por qué la ley es un componente del fenómeno jurídico? Naturalmente porque tiene relación con el derecho, con lo justo o cosa justa. ¿Cuál es esa relación?

La ley -escrita o no escrita- es *causa* y *medida* del derecho.

Es causa porque reparte cosas y las atribuye, creando derechos; es un medio por el cual ciertas cosas se atribuyen a determinados sujetos. Las leyes reparten y atribuyen las cosas con títulos de atribución, que tienen el carácter de deuda y de exigibilidad: crean derechos. Por ejemplo, las leyes crean órganos de gobierno y les atribuyen las respectivas funciones. Además, las leyes marcan una pauta de conducta, cuyo seguimiento es de justicia; esa conducta justa es el llamado *justo legal* y, por crearlo la ley, ésta es también causa de lo justo.

La ley es muchas veces medida del derecho, medida de lo justo. Así la ley regula los derechos y el modo de usarlos, señala sus límites, prescribe los presupuestos de capacidad, establece el sistema de garantías, etc.

En una palabra, la ley es *regla o norma del derecho.*

20.

La ley no es la única regla o norma del derecho. Causa y medida del derecho lo es además la naturaleza humana y lo puede ser el contrato o, en general, el pacto o consentimiento de las personas. También es regla de

derecho la norma dimanante de la naturaleza humana y la que procede del pacto de las personas. Siempre que constituya deudas o deberes de justicia, la norma es regla de derecho y, por tanto, norma jurídica.

21.

La juridicidad o esencia de lo jurídico reside en el derecho, en lo justo, y consiste en la relación de débito o deuda, que comporta una exigibilidad. Por eso la ley no es jurídica por razón de sí misma –por ser mandato–, sino por su relación con el derecho. La ley es jurídica por actuar como regla –causa y medida– del derecho, es decir, cuando genera o regula una relación jurídica o relación de justicia.

22.

Toda norma jurídica es una *prescripción obligatoria*. Prescribe conductas que constituyen un deber de justicia; por eso *obliga*, esto es, vincula al destinatario de la norma, encauzando su conducta. En cambio, podría ser menos exacto decir que es –en todos los casos– una prescripción *imperativa*, si por tal se entiende como dimanente de un *imperium* o poder superior a los destinatarios de la norma. Enlazar esencialmente la norma jurídica con un poder superior, supondría que toda norma jurídica dimanaría de un poder superior y sólo de él, lo cual no es exacto. Toda regulación de conductas que origine una obligación de justicia de seguirla, es decir, que se imponga por un deber estrictamente justo, es norma jurídica. *Norma*, porque es regla de la conducta; y *jurídica* porque obliga con deber de justicia.

Desde luego son normas jurídicas las leyes que dimanan del poder público, pero pueden ser también normas jurídicas las reglas o cláusulas derivadas de los pactos internacionales, de los concordatos, de los con-

tratos y del consentimiento del pueblo (costumbre normativa). Lo que hace que una regla de conducta sea norma jurídica es que obligue con deber de justicia, lo mismo si proviene de un poder superior, que si deriva de un pacto o del consentimiento entre iguales.

En conclusión, es norma jurídica toda regla de conducta, cuyo cumplimiento sea una obligación de justicia, una deuda justa, tanto si procede de la autoridad social, como si proviene de la capacidad de compromiso de las personas, del consentimiento del pueblo o de la naturaleza humana.

23.

Siendo función del jurista la determinación del derecho –de lo justo– y siendo la ley regla del derecho, resulta claro que función principal del jurista es la *interpretatio legis*, la interpretación de la ley. Pero el término de la función del jurista no es la interpretación de la ley por sí misma. El jurista interpreta la ley para determinar y decir lo justo. El jurista no es un funcionario al servicio de la ley, sino un servidor de los hombres, siendo servidor de la justicia.

Luego es verdad que el jurista ha de interpretar la ley, ha de buscar su sentido y ha de atenerse a lo que la ley prescribe; pero no puede olvidar que su función de intérprete de la ley la tiene en función de lo justo –la ley es regla del derecho– en el caso concreto. El término de su arte no es decir lo que la ley prescribe, sino decir lo justo.

24.

Determinar el derecho es determinar lo justo. Pues bien, según el tipo de relaciones jurídicas de que se trate, hay tres modos de determinar lo justo: la igualdad aritmética, la igualdad proporcional y la correspondencia

entre la conducta y lo mandado por la ley. Dicho de otro modo, se habla de tres clases de lo justo: lo justo conmutativo, lo justo distributivo y lo justo legal. O sea, tres clases de justicia: justicia conmutativa, justicia distributiva y justicia legal. En realidad, no se trata de clases de justicia, sino de tres criterios de determinación de lo justo.

¿Qué significa determinar lo justo? ¿Por qué aparece la igualdad como criterio determinativo de lo justo?

Para contestar a estas preguntas hay que situarse, como siempre, en la perspectiva del hombre justo, que es la perspectiva del jurista. La dinámica de la justicia consiste en la acción de dar al titular del derecho la cosa debida. Lo justo es lo que el deudor debe dar al acreedor y eso es justamente el derecho de éste. Dicho de otro modo, lo dado debe ser *igual* a lo debido, exactamente, cabalmente, lo debido. Determinar lo justo consiste en determinar lo igual a lo debido.

En las relaciones de intercambio la igualdad que determina lo justo dícese aritmética por la semejanza con la igualdad numérica: tres igual a tres, cuatro más tres igual a siete. Unas veces esa igualdad es de identidad: sucede esto cuando lo que hay que dar es la misma cosa –idéntica– que pasó a manos del deudor; por ejemplo, al término de un contrato de depósito, débese devolver la misma cosa depositada. Otras veces, no ocurre así, pues lo que importa es el valor de la cosa, su calidad, su cantidad, etc.; si se presta dinero, lo que hay que devolver no son las mismas monedas o billetes físicamente idénticos, sino monedas y billetes que sumen el mismo valor. Es la igualdad de valor o estimación.

Cuando se trata de distribuciones y repartos, la igualdad que importa es distinta: es la igualdad de proporción. Algunas veces la distribución se hará por partes iguales, por exigirlo así la igualdad de proporción, pero muchas otras veces se distribuirá a partes desi-

guales. La igualdad de proporción es distinta a la igualdad aritmética. La igualdad distributiva o igualdad de proporción no consiste en dar a todos lo mismo, sino en distribuir las cosas en proporción a la finalidad del reparto o distribución. Así, si se trata de repartir o distribuir alimentos, cada uno debe recibir en proporción a su necesidad de alimentación; a un niño de pocos meses se dará alimento distinto, en cantidad y naturaleza, al de un adulto. Lo importante es que se guarde la *proporción*, que se determina por la finalidad del reparto; en el ejemplo puesto, al niño y al adulto se les trata igualmente –con igualdad de proporción– cuando se les suministra igualmente el alimento necesario para una alimentación adecuada. Cuando no se guarda esta igualdad proporcional, aparece la discriminación injusta.

El tercer modo de determinar lo justo se refiere a la contribución del miembro de la sociedad respecto de ella. ¿Qué debe en justicia el miembro a la sociedad? En general, a lo que está obligado el miembro respecto de la sociedad es a la contribución al bien común. Y está obligado en justicia a aquella contribución que marcan las leyes. Son las leyes, en efecto, ordenaciones en razón del bien común, por lo que contribuir en justicia al bien común se resume en cumplir las leyes. Lo justo en este caso es el cumplimiento fiel, adecuado, de las leyes y por eso la justicia en este caso recibe el nombre de *justicia legal*. Por ello, toda ley que engendra un deber de justicia legal es jurídica.

En este caso, la igualdad reside en que lo cumplido sea justamente lo mandado, esto es, en el cumplimiento fiel de la norma.

25.

Si queremos atenernos a la denominación completa del arte del jurista no bastaría decir que es el arte de lo

justo. En realidad el arte del derecho es el arte de lo justo y de lo equitativo. Es, en efecto, el arte del jurista el arte de la justicia y de la equidad, no sólo de la justicia. La equidad no es un elemento secundario del arte del derecho, sino parte principal suya.

La equidad es el arte de armonizar la justicia con las otras virtudes que regulan las relaciones humanas. La justicia no puede ser contemplada aisladamente, sino en el contexto general de las relaciones humanas y del bien común. A cada uno hay que darle lo suyo, porque así lo exige la ontología de la persona humana y la estructura misma de las relaciones humanas. Pero en las relaciones humanas no todo es justicia; hay también otros deberes, que son propios de otras virtudes. La solidaridad y la caridad, la misericordia y la moderación y otras virtudes engendran también deberes que han de armonizarse con los de la justicia. La armonización de la justicia con otras virtudes –o sea, la armonización de los deberes que de todas ellas nacen –dan lugar, entre otras cosas, a *lo equitativo,* que es el objeto de la equidad. La equidad es la justicia matizada por otras virtudes y lo equitativo es el resultado de armonizar los deberes de justicia con otros deberes.

La función de la equidad es mejorar la justicia y, por lo tanto, favorecer el bien común. Si en algún caso, la pretendida equidad destruyese la justicia o debilitase el bien común, no sería propiamente equidad, sino vicios como el mal gobierno, la injusticia o la debilidad.

La equidad atempera el deber y acomoda el derecho.

26.

La atemperación de lo debido consiste en rebajar, disminuir o dulcificar la deuda, o en dilatar la perentoriedad de los plazos en los que la obligación debería ser cumplida. Esta atemperación puede tener diversas cau-

sas. Unas veces procede de la benignidad o de la misericordia, como ocurre cuando las penas que en justicia son debidas se alivian o se perdonan; otras veces su causa es la solidaridad o la moderación necesaria para que el rigor de la justicia no dañe otros valores no menos importantes.

Los sujetos de la equidad –quienes deben aplicarla– en la atemperación de lo debido son el gobernante, el juez y el titular del derecho. Pero en los deberes de justicia legal –cumplimiento de las leyes– es también sujeto de la equidad el destinatario de la ley, que puede aplicar el principio general de derecho de que las leyes no obligan en los casos en los que éstas se tornan nocivas o causan grave incómodo.

27.

Otra forma de equidad es la acomodación del derecho. Si en la atemperación de lo debido la equidad mira a la deuda o deber, buscando el bien del obligado, en la acomodación del derecho la equidad se fija en el derecho, buscando su satisfacción en lo posible por el bien del titular del derecho. Este tipo de equidad tiene lugar cuando resulta imposible satisfacer el derecho. Hay, en efecto, circunstancias que hacen imposible que se dé al titular del derecho aquello que le corresponde. De suyo el deber de estricta justicia queda entonces enervado según el principio *ad impossibilia nemo tenetur*, con el correspondiente perjuicio del titular del derecho. Interviene aquí la equidad sustituyendo lo debido en justicia por una compensación equitativa, que disminuye y atempera el perjuicio del titular del derecho.

LE DROIT
DANS LE RÉALISME JURIDIQUE CLASSIQUE

Publicado en "Droits", Revue française de théorie juridique, X (1989), págs. 31-34. Versión francesa de Alain Sériaux.

1. Par réalisme juridique classique, nous entendons cette manière de comprendre le droit et la justice qui fut le propre de la tradition juridique européenne, depuis les juristes romains jusqu'au XVIIè siècle, moment dans lequel la notion de droit fut remplacée par celle de droit subjectif. Continué jusqu'à nos jours par une minorité d'auteurs, ce réalisme a connu une importante renaissance à partir de l'oeuvre de Michel Villey[1]. En philosophie du droit, il a été théorisé en particulier par Aristote[2] et Thomas d'Aquin[3]. C'est le système de philosophie du droit qui me paraît le plus adéquat pour comprendre et expliquer le phénomène juridique[4].

2. L'un des traits les plus caractéristiques du réalisme juridique classique est que cette réalité que nous appelons le droit au sens strict n'est pas la loi mais cette chose, corporelle ou incorporelle, qui est due à un sujet parce qu'elle lui est attribuée, c'est-à-dire parce qu'elle est sienne: sa montre, son emploi, son temps de repos, etc. Ainsi, quand il parle du droit, le réalisme juridique classique ne se réfère pas à la loi mais à une chose (en

---

1. V. Michel VILLEY, *Précis de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2 vols., 1977-1978; J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987; J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, Eunsa, 5ª ed., 1988.

2. V. *Ethique à Nicomaque*, V.

3. V. *Somme théologique*, IIª, IIae, qq. 57 ss.

4. Cfr. J. HERVADA, "Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico", in *Persona y Derecho*, 18, 1988, p. 281-300; ID., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992.

latin: *res*, d'où vient le nom de réalisme). En quoi, dès lors, la loi est-elle liée au droit? La loi exerce la fonction de règle de droit (*ratio iuris*) parce qu'elle est la cause et la mesure du droit; c'est-à-dire qu'elle attribue des choses en les constituant en droit du sujet et qu'elle règle tant l'attribution que la dette correspondante. La loi fait donc partie du phénomène juridique mais elle n'est pas le droit au sens strict. C'est en tant que partie du phénomène juridique qu'on lui donne, par analogie d'attribution, le nom de droit.

Comment expliquer cette conception? Pourquoi dit-on du droit qu'il est non la loi, mais la chose attribuée et due à un sujet?

Le point de départ réside dans le fait que nous appelons droit l'objet de la science juridique ou l'objet de l'office du juriste. Le mot droit désigne en premier lieu ledit objet, c'est son nom. Par suite, la définition la plus élémentaire du droit est celle-ci: le droit est l'objet de l'art du juriste. Quel est cet objet? Quelle chose ou réalité est cet objet?

Pour répondre de manière exacte à cette question, nous devons distinguer entre la politique, office des politiciens, et la science du droit, office des juristes. Le rôle du politicien est d'ordonner et de diriger la vie sociale vers le bien commun; pour les politiciens, un instrument fondamental est la loi, comprise comme ordonnancement de la société; la fonction politique élémentaire consiste aussi bien à faire les lois qu'à veiller à leur accomplissement. En ce sens, on purrait penser que le juriste a pour fonction typique d'appliquer les lois, ce qui est une fonction politique. S'il en était ainsi, le droit –c'est-à-dire l'objet de l'art du juriste ou science juridique– serait la loi. Mais avec cette conception, l'on commettrait une erreur: confrondre la politique et le droit.

L'office du juriste ne naît pas de la nécessité d'or-

donner et de diriger la vie sociale vers le bien commun. Sa naissance découle d'une autre exigence: les choses, les biens sont répartis et chacun doit avoir le sien. Après que la répartition des choses a été opérée par la loi, par un testament ou par un contrat, etc., le rôle du juriste sera d'interpréter ces instruments et de dire, en conformité avec eux, quelle chose revient à chaque sujet: déclarer ce qui revient à chacun. Ces choses qui reviennent à chacun de la loi, du contrat ou du testament sont ce que déclare le juriste, l'objet de son art ou de son office, c'est-à-dire le droit. Le droit est par suite la chose attribuée et due à chacun.

3. Le trait spécifique du droit est son caractère de chose *due*. En effet, l'art du juriste ne consiste pas à répartir les choses, mais à interpréter la répartition déjà faite et à déclarer la droit de chacun, c'est-à-dire ce qui appartient à chaque personne ou institution. Le droit, donc, naît dans un contexte de répartition des choses, des biens. Il est la chose attribuée à chaque sujet. Cependant, la répartition ne constitue pas elle-même le phénomène juridique; elle fait plutôt partie du phénomène politique ou de l'organisation sociale. C'est pourquoi la chose répartie n'est pas constituée en droit par le seul fait d'être attribuée. Le phénomène juridique trouve son origine dans le fait que les choses qui appartiennent à chacun peuvent être interférées, c'est-à-dire qu'elles sont ou peuvent être sous le pouvoir d'autres sujets distincts de leur titulaire.

Cette situation d'interférence engendre la nécessité d'établir ou de rétablir la situation juste, c'est-à-dire cette situation dans laquelle chacun se trouve dans la possession pacifique de ce qui est à lui. Cette nécessité d'attribuer à chacun le sien donne lieu au phénomène juridique dont le centre est l'action juste, à savoir cette action par laquelle on donne à chacun le sien. C'est en relation avec l'action juste qu'apparaît l'office du juriste

–l'art du droit ou science juridique–, qui consiste à déterminer et à déclarer quelle chose appartien à chacun et par conséquent quelle chose il faut lui donner.

Il ne s'agit donc pas de répartir les choses mais de respecter la répartition déjà faite, étant donné la situation d'interférence possible ou actuelle. La chose de chacun, en tant qu'interférable ou interférée, apparaît comme due à son titulaire: il faut la lui donner, c'est-à-dire respecter sa possession pacifique, ou il faut rétablir cette situation de possession pacifique si elle a été altérée. En lien avec le phénomène juridique ou action juste, la chose qui appartient à chacun –celle qui est attribuée au sujet– apparaît comme due. Et ce caractère de due est ce qui la constitue comme objet de l'art du juriste, ce qui la constitue comme droit. En effet, comme le phénomène juridique apparaît lorsqu'il faut donner à chacun le sien, l'office du juriste consiste à déclarer quel est l'objet de l'action juste (l'objet de la justice), qui n'est rien d'autre que la chose due à son titulaire. Cette chose attribuée à un sujet, qui lui est due, c'est précisément ce que nous appelons le droit.

En conséquence, on peut définir le droit de la façon suivante: le droit est cette chose qui, ayant été atribuée à un sujet qui est son titulaire, lui est due en vertu d'une dette au sens strict.

4. En acceptant une telle notion du droit, le réalisme juridique classique ne se borne pas seulement au travail théorique de fournir une définition du droit plus ou moins correcte. Il représente avant tout la vision classique du phénomène juridique et de l'office du juriste.

Ce que nous appelons phénomène juridique est un aspect de la vie sociale qui trouve son origine dans ce fait de la répartition des choses: biens, fonctions, services, charges, etc. Le fait fondateur est la maîtrise de l'homme sur lui-même et sur le monde qui l'entoure en sorte que

les choses qui lui sont attribuées sont véritablement siennes, lui sont attribuées de manière exclusive. Cette maîtrise implique qu'il soit respecté par les autres, de sorte que, en cas d'interférence, la situation juste –celle dans laquelle chacun a le sien– devra être rétablie. La situation de maîtrise des choses réparties et la possibilité d'interférence sont à l'origine de l'impératif fondamental de l'ordre juridique, sa *Grundnorm*: "Il faut donner à chacun le sien", c'est-à-dire: "Il faut donner à chacun son droit". L'obéissance à cet impératif constitue ce que nous appelons la justice. Celle-ci n'est donc pas un idéal ou une valeur mais la vertu ou disposition de la volonté humaine qui consiste à satisfaire le droit, à accomplir l'impératif de l'ordre juridique. C'est pourquoi la justice se définit comme la constante et perpétuelle volonté d'attribuer à chacun son droit (le sien).

5. De ce que nous venons de dire, il découle que l'office du juriste ne consiste pas uniquement et primordialement dans l'interprétation de la loi. La science juridique ou art du droit a pour objet de déterminer le juste (*iusti atque iniusti scientia*) en n'entendant pas "le juste" rien d'autre que le droit, c'est-à-dire cette chose qui –en vertu d'un titre, naturel ou positif, et selon une mesure déterminée– est attribuée à un sujet et par conséquent lui est due. L'art du juriste ou art du droit est l'art de déterminer comment sont réparties les choses, en faisant en sorte que la répartition soit respectée.

La loi, sans doute, a une grande importance pour le juriste, car, comme nous l'avons dit, la loi est règle du droit (sa cause et sa mesure); en ce sens, l'interprétation de la loi est la tâche principale du juriste. Mais la science juridique interprète la loi pour connaître le droit et, en conséquence, pour déterminer ce qui appartient à chacun. De cette façon, plus qu'une science des lois, la science juridique est la science des droits, naturels et positifs, de la personne humaine.

El Prof. **Javier Hervada** —catedrático de Universidad— es actualmente Director del Departamento de Filosofía del Derecho y del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Navarra, promotor y director durante casi veinte años de la prestigiosa revista "Persona y Derecho". Es conocido internacionalmente entre los cultivadores del Derecho natural, como lo muestra el hecho de que su "Introducción crítica al Derecho natural" (EUNSA, 7.ª edición 1993) haya sido traducida al italiano, al francés, al inglés y al portugués.

Se recogen —en esta segunda edición ampliada— los artículos aparecidos en diversas revistas durante los últimos quince años, que tienen relación con el Derecho natural. Todos ellos son temas de interés actual: la democracia, los derechos humanos, la libertad de conciencia, la igualdad entre el varón y la mujer, el aborto, los trasplantes de órganos, etc. El tema más tratado es el del matrimonio, del que el autor es un eminente especialista con numerosos trabajos de Derecho canónico.

A través de estas páginas se descubre que la ciencia del Derecho natural es una ciencia viva y elemento civilizador del Derecho por excelencia.

En EUNSA ha publicado, además, "Diálogos sobre el amor y el matrimonio", 3.ª ed. y "Juan Pablo II y los derechos humanos", 2.ª ed., éste en colaboración con J.M. Zumaquero.

ISBN 84-313-0964-4

